James Reátegui Sánchez

# AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO

## RÉGIMEN NORMATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

GACETA
PENAL
& procesal penal

JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ

# AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO

## RÉGIMEN NORMATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

GACETA JURIDICA
AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
(01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

GACETA
PENAL
& procesal penal

**AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO**
**Régimen normativo, doctrinario y jurisprudencial**

PRIMERA EDICIÓN
MARZO 2014
5,790 ejemplares

***© James Reátegui Sánchez***
***© Gaceta Jurídica S.A.***

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. Nº 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2014-04397
LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN: 978-612-311-133-5
REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221400270

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero
DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Henry Marquezado Negrini

GACETA JURÍDICA S.A.
ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

# Introducción

Uno de los temas más apasionantes del Derecho Penal, como teoría y creación doctrinaria, es sin lugar a dudas la autoría y su no menor vinculación con la teoría de la participación. Al igual que la teoría de la imputación, la de la autoría se encuentra en una momentánea unanimidad consolidada, pero no inamovible, habida cuenta de los diferentes trabajos modernos que tratan de postular algunas ideas referentes a las nuevas manifestaciones del autor.

Nuestro trabajo trata de ser un esclarecimiento y pequeño aporte para la compresión de un tema tan complejo como este. A manera de breve introducción sobre lo que versa la obra, haremos un pequeño recorrido por las posturas doctrinarias de la autoría.

Desde el siglo pasado, la idea de que aquel que ocasionase un daño o perjuicio era el obligado a responder por sus actos se fue convirtiendo en uno de los problemas-eje de la teoría penal. Esto generó mucho interés en los juristas de la época, por lo que se fueron creando postulados que permitieran explicar la naturaleza y la constitución de la autoría, es decir, el momento en el cual un sujeto llegaba a ser autor. Al principio los criterios pudieron satisfacer ciertas expectativas de los intelectuales; sin embargo, las críticas y los constantes puntos de vista de otros jóvenes estudiosos aumentaron los supuestos y ópticas para analizar el problema. Esta satisfacción momentánea se debía a la correspondencia indesligable entre la teoría de la imputación objetiva y de la autoría.

Mientras que la primera se encontraba muy ligada a la idea de la equivalencia de condiciones, esto es, que todas las conductas eran causas igualmente equivalentes –de ahí el nombre– que ocasionaban el hecho punible, de la misma forma los autores de un delito podían ser indistintamente todos aquellos que coadyuvaban a la comisión delictiva. De esta manera no se podía diferenciar entre autor y cómplice, ya que, de alguna u otra forma, se igualaba a todos los que intervenían dentro del proceso del delito, es decir, del *iter criminis*. Además, no se permitía la distinción entre actos preparatorios y de ejecución. Esto con el paso de los años se fue denominando la visión extensiva de autor pero, como se sabe, esta perspectiva empezó a tener impugnadores, de acuerdo a lo que hemos mencionado. Las primeras críticas vinieron de parte de la escuela finalista de Welzel.

Para enmendar las omisiones se buscó otras teorías que trataran de ayudar a esclarecer la calidad de autor. Una de ellas fue la teoría subjetiva que sustentaba la autoría desde la intención del sujeto. El que actuaba con *animus auctoris* era considerado el autor, mientras que el que actuaba con *animus socci* era considerado cómplice. O sea, que si alguien ejecutaba a otro, subordinado a las órdenes de un tercero, solamente era considerado como cómplice mas no autor, como sí lo era el que dio las órdenes, solamente sustentándose en la intención. Esto trajo contratiempos e incertidumbres a los juzgadores, pues cómo saber cuándo se está juzgando a un imputado si tuvo o no la intención de autor o de cómplice dentro de un hecho punitivo.

Ante tal situación se presentaron las denominadas teorías restrictivas de autor. Eran teorías más sofisticadas, aparentemente; digo esto porque no duraron mucho tiempo para

ser relegadas a un segundo ámbito. La primera de ellas, la teoría objetivo-formal, establecía que era autor quien cumplía con el verbo rector del tipo penal. Bastaba la comprobación de que el individuo realizaba la conducta descrita en el tipo penal para que se configure al autor. La segunda, en cambio, partía de un criterio material –de ahí el nombre de teoría objetivo-material– según la cual se constituía la autoría por el grado de intervención dentro del acto delictivo, es decir, de acuerdo a la participación fáctica dentro de la comisión del delito; quien con mayor intensidad material intervenía se consignaba como sujeto responsable.

La crítica a la primera teoría radicaba en el hecho de que se confundía al sujeto activo con el autor, lo que condujo a una serie de problemas ya que si una persona realizaba la conducta señalada por el tipo penal era considerada autor, empero si esta misma persona había cometido el delito pero por coacción de otra, solo se sancionaría a la primera, porque el que coaccionó no cumplía con la conducta típica. Este criterio permitió distinguir consustancialmente entre sujeto activo y autor. Todo aquel que cumplía con el tipo penal será sujeto activo, pero no necesariamente tendrá que ser el responsable. En el caso del autor, siempre se toma en cuenta el concepto de responsabilidad, porque se cumple con la categoría dogmática de la culpabilidad.

Respecto de la segunda, la teoría objetiva-material, es muy importante su aporte, ya que permitió ser el primer eslabón de lo que posteriormente sería la teoría del dominio del hecho. Sin embargo, sus alcances meramente objetivos tampoco aportaban a resolver el problema de la autoría mediata, ya que se tomaba en cuenta el carácter determinante de la conducta dentro del hecho delictivo, considerando solo al ejecutante como autor. En ese orden de ideas, sería autor, por ejemplo, quien haciendo caso a las órdenes de otro lleva un vaso de agua con veneno a un tercero. En este caso solamente se tendrá como autor a quien hizo caso a las órdenes, pero no a quien ordenó, porque su actitud no interviene de manera determinante en la realización y concreción del hecho delictual, sino que únicamente se le tendría como cómplice.

Mucho después, recién en la década de los sesenta, con la publicación del libro titulado *La autoría y el dominio del hecho,* de Claus Roxin, se hace una síntesis pormenorizada de las diversas teorías que hemos expuesto someramente a manera de introducción. La teoría de Roxin, cuyo nombre no fue realmente ocurrencia de él sino que fue tomada de otro autor alemán, Hegler en 1915, reunió elementos de las diversas posturas sobre la autoría; de esta forma le permitió solucionar algunos problemas pendientes como la de la autoría mediata, no obstante su importancia y cobertura para poder abarcar las diferentes manifestaciones de la autoría, fue necesario que permita la utilización de otras tesis como la de "mano propia" para el caso del delito de violación. Hasta ahora es la teoría mejor elaborada en lo que se refiere a delitos dolosos; no para delitos culposos, que tienen otro carácter, ya que es imposible hablar del dominio del hecho respecto de ellos. Asimismo, se debe decir que los delitos imprudentes se caracterizan por carecer de participación, dentro de ellos no entra la complicidad ni la instigación.

Así, pues, sobre estos temas, su problemática y desarrollo, es que trata este libro; lo esencial que busca, como se señaló al inicio, es servir al esclarecimiento de las teorías sobre la autoría y participación.

Lima, otoño de 2014

**James REÁTEGUI SÁNCHEZ**

# Capítulo 1
# LA AUTORÍA EN EL DERECHO PENAL

# Capítulo 1
## La autoría en el Derecho Penal

## I. Cuestiones introductorias: Teoría del sujeto infractor en el ámbito jurídico-penal

Uno de los temas claves en el Derecho Penal moderno es, sin duda alguna, la responsabilidad por parte de quien ejecuta la acción típica. En el ámbito de aquellos que pueden realizar la conducta típica se pueden ubicar diversas cuestiones, como el obrar sin dolo o en estado de ebriedad, o la calidad de garante en los delitos impropios de omisión, que perfectamente puede alcanzar a los funcionarios públicos o empresarios, entre otras.

La teoría del sujeto infractor está relacionada, además, con la teoría de la imputación en el ámbito procesal. Los artículos 23[(1)], 24[(2)] 25[(3)] y 27[(4)] del Código Penal deben guardar coherencia sistemática con el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, y con el Código Procesal Penal de 2004, que, por ejemplo, al regular la imposición de la prisión preventiva (artículo 268) señala: "(…) 1. Que existan fundados y graves elementos de convicción para

(1) **Artículo 23.- Autoría, autoría mediata y coautoría**
El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

(2) **Artículo 24.- Instigación**
El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.

(3) **Artículo 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria**
El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.
A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

(4) **Artículo 27.- Actuación en nombre de otro**
El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada.

estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como **autor o partícipe** del mismo".

Esta no solo es una cuestión de orden legal, sino una imposición de orden jurisprudencial vinculante; así, el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, sobre el control de la acusación fiscal, en el punto 8 indica: "La acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Este comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma **de autoría o de participación**".

La imputación concretada en la individualización del presunto autor solo puede recaer en una persona humana. En esta línea, se puede encontrar un conglomerado de sujetos (activos) que pueden ser pasibles, en principio, de responsabilidad y luego de una sanción jurídico-penal. A mi entender, son cinco los grupos de casos vinculados a este tema:

a) La no responsabilidad directa de las personas jurídicas (pública, privada o mixta).

b) La responsabilidad de la gestión y dirección de las empresas. Dentro de esta última temática puede ubicarse la responsabilidad de los empresarios, en una perspectiva individual-personal.

c) La responsabilidad funcionarial. Aquí pueden diferenciarse los sujetos en función a si tienen derecho al antejuicio constitucional, como son los altos ministros de Estado o el Presidente de la República.

d) La responsabilidad penal del profesional (médicos, abogados, ingenieros, contadores, etc.).

e) La responsabilidad penal del menor de edad.

## II. La fórmula legal del artículo 23 del Código Penal peruano en el contexto de un pluralismo científico

Así como se extiende el ámbito de punibilidad para los casos de ejecución incompleta del hecho punible (por ejemplo: tentativa, desistimiento), en esta misma lógica, la tipicidad objetiva tiene como uno de sus elementos a los sujetos activos que realizan la conducta típica, que es objeto de estudio por la

teoría de la autoría y la participación criminal. En otras palabras, hablar de sujetos activos es hablar de autores del delito. El sujeto activo forma parte de la tipicidad objetiva y el autor es quien tiene el dominio del hecho; en consecuencia, el sujeto activo es también quien posee el dominio del hecho.

El artículo 23 del Código Penal peruano[5] no ofrece un concepto legal de autor, tampoco tendría por qué hacerlo, pues ello traería como consecuencia un exagerado casuismo en el ordenamiento jurídico, además, porque sería propio de un acentuado positivismo decimonónico ya superado. Por ello la distinción entre autor y partícipe debe partir de un concepto de autor concebido como "realizador del hecho", a manera de la teoría de la "pertinencia del hecho"[6]. Tampoco habría mayores problemas para admitir una interpretación de autoría de acuerdo con la teoría de la "determinación objetiva y positiva del hecho", que la concibe como la estricta realización típica. Obviamente, como se ha hecho hasta estos tiempos, es posible interpretar la fórmula legal con base en la teoría del dominio del hecho, pues la mayoría de autores siguen esta postura.

(5) El artículo 23 del CP peruano establece al autor en términos generales como: "El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometen conjuntamente". De la definición legal, se desprende a su vez tres clases de autorías: en primer término, el autor directo es el que domina el acontecimiento descrito en el tipo, debido a que emprende con su conducta el inicio de la ejecución de propia mano; es lo que se ha denominado el dominio de acción, característica de la autoría inmediata ("El que realiza por sí..."). En segundo lugar, se puede dominar los acontecimientos fácticos y típicos, utilizando para ello un instrumento, un tercero, es decir, sin tener o estar físicamente presente en la realización del evento criminal, obviamente es un dominio de la voluntad que caracteriza a la autoría mediata ("...o por medio de otro..."). En tercer y último lugar, se puede dominar la realización del tipo dividiéndose el trabajo con otros sujetos, poseyendo durante la ejecución, un dominio funcional del hecho, previo acuerdo en común; esto caracteriza a la coautoría ("(...) y los que lo cometen conjuntamente").
El Código Penal argentino se refiere a la "participación criminal", la cual debemos entender en su versión amplia como intervención de varias personas. Empero, es necesario hacer una distinción entre la genuina participación de las otras formas, donde igualmente existe una pluralidad de personas responsables, en la que se haya exigida en las descripciones legales. El concepto de autor en el Derecho argentino es de carácter legal y remanente, es decir, lo que queda después de excluir como autores a los partícipes que no lo son. En consecuencia, no es el instigador ni tampoco el que haya tomado parte en la ejecución del hecho en calidad de cómplice. La participación necesaria no es participación en el sentido del artículo 45 y ss. del Código Penal. Por ejemplo, en los que intervienen en un duelo (artículo 97) o contrajeron matrimonio (artículo 134) o aquellos que se alzaren en armas (artículo 226). La colaboración posterior a la consumación del hecho, solo se constituye cuando se realiza en cumplimiento de promesa anterior, y en su defecto, constituirá delito de encubrimiento que no es participación en sentido estricto. El artículo 49 del Código Penal excluye de la participación criminal en los delitos cometidos por medio de prensa, a los que únicamente prestasen al autor una cooperación material necesaria para su comisión (impresor, tipógrafo, distribuidor, etc.).

(6) Esta es la concepción de MIR PUIG, 1996, p. 366, quien indica lo siguiente: "A mi juicio, solo son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la *pertinencia*, exclusiva o compartida, del delito; de entre aquellos causantes, el delito pertenecerá como autor a aquel o aquellos que, reuniendo las condiciones personales requeridas en el tipo (esto es importante en los delitos especiales), aparezcan como *protagonistas* del mismo, como *sujetos principales* de su realización".

Ello significa, además, que dentro de un Derecho Penal garantista, siempre debe respetarse el sentido literal de la ley por imperio del principio de legalidad. Al respecto, el profesor español Pérez Alonso apunta lo siguiente: "Así, por ejemplo, teóricamente nuestro Código Penal admitiría, incluso, un concepto unitario (funcional) de autor, por no ser incompatible con el texto de la ley, aunque debe rechazarse por razones de otra índole"(7). Es de acuerdo al avance teórico y metodológico alcanzado por la sistemática del delito en un determinado tiempo histórico, que se van colocando límites, fundamentalmente al intérprete de la ley.

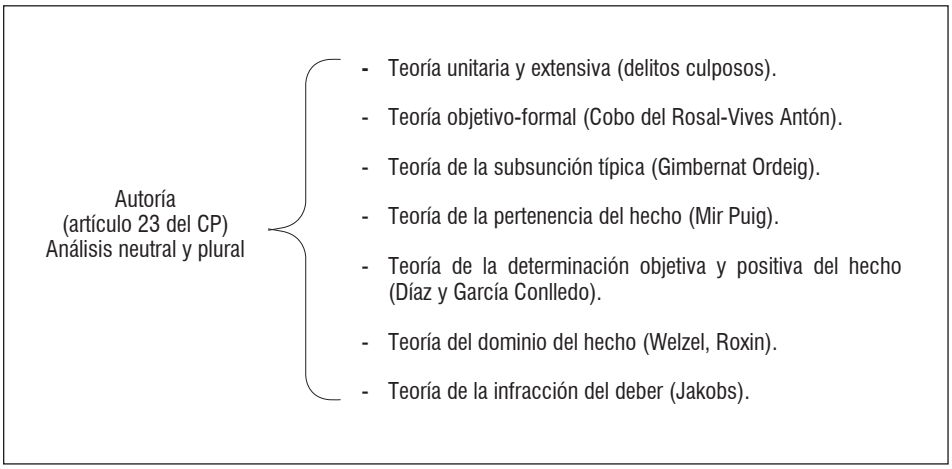
Un resumen del desarrollo de la autoría –no solo en el ámbito del Derecho español, sino también en el Derecho comparado– lo podemos encontrar en las palabras de Cuerda Riezu cuando afirma que: "En el ámbito de la autoría –y también en el de la participación– se ha producido pues en la doctrina penal española un proceso científico similar al que ha tenido lugar en la teoría del tipo: de un planteamiento puramente causal de la cuestión se ha pasado en una segunda fase a un planteamiento ligado a la realización del tipo, y por último a una tercera fase en la que se abordan las cuestiones desde una perspectiva especialmente valorativa, hablándose incluso de la imputación de un hecho a un sujeto, de un modo similar al tratamiento de la imputación objetiva en la teoría del tipo"(8).

A mi juicio, los códigos (sobre todos los penales) no tienen dentro de sus funciones proporcionar un marco pedagógico a la sociedad para entender y comprender sus conceptos, que son en la mayoría de casos eminentemente normativos. Un código penal en líneas generales es un programa sistemático de criminalización, donde se regula todo un catálogo de comportamientos que la ley considera delitos. Deben seguirse unas reglas generales para definir un hecho como delictivo y merecedor de una consecuencia jurídica. Esta función corresponde a quienes hacen dogmática penal. Lo más que puede realizar un código es establecer rasgos esenciales para generar un cierto grado de motivación a los ciudadanos, para que sea internalizada adecuadamente. En ese sentido, son la doctrina y la jurisprudencia los encargados de interpretar y de ir perfilando la definición de todo el arsenal dogmático-conceptual referente al Derecho Penal.

(7) PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*. Granada, 1998, p. 144.

(8) CUERDA RIEZU, Antonio. "Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español". En: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. Barcelona, 1995, p. 285.

En fin, pueden admitirse las siguientes teorías que se han elaborado alrededor del concepto de autoría:


Autoría
(artículo 23 del CP)
Análisis neutral y plural
- Teoría unitaria y extensiva (delitos culposos).
- Teoría objetivo-formal (Cobo del Rosal-Vives Antón).
- Teoría de la subsunción típica (Gimbernat Ordeig).
- Teoría de la pertenencia del hecho (Mir Puig).
- Teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho (Díaz y García Conlledo).
- Teoría del dominio del hecho (Welzel, Roxin).
- Teoría de la infracción del deber (Jakobs).

## III. Evolución histórica sobre la fundamentación de la autoría

### 1. Concepto extensivo de autor (teoría subjetiva de la participación)

Como antecedente, podemos decir que el concepto extensivo se fundamenta en la teoría de la equivalencia de las condiciones, sin embargo, reconoce que la misma ley impone ciertos grados de aportación al hecho punible. ¿Cómo reconocer ese grado de diferenciación? Evidentemente, la doctrina extensiva de la autoría también se respaldó en la equivalencia de las condiciones, encontrándose con las mismas dificultades que padecía la teoría unitaria de autor, pues encontrar una distinción tanto objetiva como causal resultaba imposible, de manera que la atención habría que buscarla en la intención del sujeto, en su ánimo. Las incongruencias de esta doctrina no se hicieron esperar, porque había casos en los que el sujeto había querido un resultado típico como propio y lo había ejecutado, pero no era considerado autor; y por el contrario, había casos donde el sujeto era considerado autor, pese a no haber querido el resultado en interés propio.

Hasta finales de los años sesenta, el Tribunal Supremo español ha venido manteniendo la denominada doctrina del "acuerdo previo", cuyo origen histórico es la teoría del complot, según la cual basta para ser autor el dato predominantemente subjetivo de una previa resolución conjunta de ejecutar el hecho entre varios, con independencia de los actos materialmente realizados. Cuando

existe acuerdo previo se es autor directo, cuando no existe acuerdo previo no se es autor. Por ejemplo, dos sujetos, A y B, se están peleando. A pide ayuda a un tercero y este interviene matando a B. A pedía ayuda, pero no que esta consistiese en un homicidio; por eso no responde de la muerte, ya que faltó "un previo convenio o concierto". En la actualidad, aunque esta teoría no se ha abandonado totalmente, se encuentra en franca decadencia. El fracaso paulatino de la teoría subjetiva de la autoría se debe fundamentalmente a que soslaya los datos objetivos y materiales que rodean a todo hecho punible, marcando su alejamiento total con la aparición y crecimiento experimentado por la teoría del dominio del hecho.

En Alemania las teorías subjetivas tuvieron mucho auge durante el siglo XIX y a comienzos del siglo XX, a consecuencia de la influencia que tuvo el concepto de acción de predominio voluntativo de Hegel y sus seguidores, siendo el caso más conocido el de la llamada sentencia de la bañera: La hermana de una parturienta que acaba de dar luz a un niño ilegítimo ahoga al recién nacido "en interés" de la madre tras ponerse de acuerdo con ella; a la hermana se la consideró por ello solo cómplice, a pesar de que ejecutó el hecho de propio mano, y a la madre autora.

En la teoría subjetiva de la participación se estableció para diferenciar el grado de aporte el *animus autoris y el animus socci*(9), más concretamente del dolo(10). Roxin también nos recuerda que en el año 1962, en el famoso caso Staschynsky, un agente ruso que, por encargo del servicio secreto soviético, mató a dos políticos exiliados solo fue condenado por complicidad; del mismo modo que muchos delincuentes nazis, pese a que con sus propias manos habían matado a sus víctimas. Se castigaba por lo general como complicidad cuando el actuar se hacía en interés de otro(11).

(9) ROXIN, Claus. "Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión". Traducido por María Teresa Castineira. En: AA.VV. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid, 2000, pp. 158-159).

(10) La teoría subjetiva o llamada también "teoría subjetiva de la participación" tiene dos tendencias: a) por un lado, la *teoría del dolo* defendida por von Buri, quien decía que el autor no reconoce otra voluntad superior a la suya, dicha voluntad iba precedida por la intención criminal que ostentaba el protagonista principal llamado autor, mientras que la punibilidad del partícipe lo dejaba a criterio del autor en la medida en que el hecho vaya a llegar o no a la consumación, y b) por otro lado, está la *teoría del interés*, defendida por Feuerbach y Henke, entre otros, quienes sostienen que si el sujeto tenía un interés personal, en el injusto cometido se verificará una autoría porque tendrá un *animus autoris*, y si tiene un interés ajeno, se trata de un partícipe, porque contiene el *animus socii*.

(11) ROXIN, Claus. "Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión". Traducido por María Teresa Castineira. En: AA.VV. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Ob. cit., pp. 158-159.

## 2. Concepto restrictivo o subjetivo-restrictivo de autor

Se dice que el concepto restrictivo de autor es el punto de partida correcto, en cuanto remite la investigación de la autoría a la realización del tipo respectivo. Se basa en el carácter objetivo de la separación entre autor y partícipe, en la medida de que dependerá de la naturaleza de la contribución al hecho de cada uno. Esto ha dado lugar a subteorías:

### 2.1. Teoría objetivo-formal

En primer lugar, las diferencias existentes entre autoría y participación estaban determinadas en torno a un criterio formal: la realización de actos ejecutivos. El autor interviene durante la ejecución del tipo; el cómplice, durante los actos de preparación. En tal sentido, existe una relación entre la teoría del dominio del hecho y la teoría objetivo-formal, en tal medida es autor quien cumple con la realización del tipo penal. Lo decisivo es solo y siempre la realización de todos o algunos de los actos ejecutivos previstos expresamente (literalmente) en el tipo legal. Será autor quien ejercita personalmente la acción típica, y en los delitos pluriactivos todo aquel que realice aunque sea solo uno de los elementos típicos. Estamos ante una complicidad cuando el colaborador, sin ejercitar personalmente la acción típica, lo apoya. No obstante, esta teoría no resuelve el caso de la autoría mediata mediante un instrumento[12].

(12) Esta doctrina proviene de Alemania y tuvo numerosos partidarios ya en el siglo XIX, fue dominante en Alemania entre 1915 y 1933. Consideraba autor a toda aquella relevancia delimitadora de la *acción ejecutiva* que proporcionaba la literalidad de los tipos penales, esto es, se entiende por autor a todo aquel que ha reunido en sí (en su conducta) todos los elementos causales que han aportado para "causar" lo que el tipo penal describe, por tanto serán los verbos típicos quienes darán la pauta para individualizar la conducta del autor; por ejemplo, sería autor el que "mata" en el homicidio, el que se "apodera" en el hurto, el que "perjudica engañando en la defraudación, mientras que se entiende que únicamente puede ser partícipe aquel que ha desplegado un aporte cualquiera a la contribución causal del hecho originario. Esta teoría descansa, como puede observarse, sobre la teoría causal de la acción. El autor actúa típicamente, el partícipe no. Pronto encontró serios inconvenientes en estructuras típicas puramente resultativas donde existe, en la descripción típica, una ausencia de las formas en la cual se llevaría a cabo la conducta punible, y esto obviamente no permite una diferenciación cabal entre autoría y participación. En ese sentido, si se parte de la letra de la ley, serán autores "los que tomasen parte en la ejecución del hecho" (artículo 45 del Código Penal argentino). Teniendo en consideración que esta afirmación legal resulta ser inadecuada o mejor dicho insuficiente para cualquier teoría que pretenda diferenciar entre autor y partícipe, puesto que ambos toman parte en la ejecución del hecho. En este sentido: CUERDA RIEZU, Antonio. "Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en el Derecho Penal español". En: SILVA SÁNCHEZ / SCHÜNEMANN / DE FIGUEIREDO DIAS. *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1995, p. 287, la teoría objetivo-formal, en la doctrina española, se presenta en dos versiones: una tradicional y otra modificada. La primera versión sitúa en sentido estricto el concepto de autor material o individual en aquel artículo 14.1 del anterior Código Penal de 1973, en el sentido de entender a todos los que tomasen parte en la ejecución del delito, por lo cual dejaba de lado a la autoría mediata o indirecta, y de las demás formas de participación criminal: la inducción (artículo 14.2 del CP) y la cooperación necesaria (artículo 14.3 del CP)

## 2.2. Teoría objetivo-material. Alcance sobre la teoría del dominio del hecho

Quien primero utilizó la expresión dominio del hecho fue Hegler en 1915, en una monografía sobre *Los elementos del delito*, aunque sin tener el significado que tiene hoy en día(13). Aunque también se dice que fue Lobe el primer defensor de la teoría del dominio del hecho en 1933, es decir, unos años antes de la irrupción del finalismo(14). Luego la concepción dogmática ha ido variando de acuerdo al desarrollo doctrinario del delito, llegando a una etapa en la cual se muestra cierto consenso de considerar a la teoría del dominio del hecho, que el profesor alemán Hans Welzel desarrolló en congruencia con su concepción final del injusto, como aquella que proporciona un criterio válido y convincente, para delimitar la autoría de las demás formas de participación criminal, sobre todo en el marco de los injustos dolosos.

Welzel decía que "no **es autor de una acción dolosa quien solamente causa un resultado, sino quien tiene el dominio consciente del hecho** dirigido hacia el fin. Aquí se eleva el autor, por la característica del dominio finalista del hecho, por encima de toda participación"(15). En nuestro país Villavicencio Terreros parece evidenciar algunos "rezagos" de la concepción finalista. Así, sostiene que el "autor es el que tiene el dominio del hecho, es decir, aquel sujeto que tiene un poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es posible encauzarlo hacia el objetivo determinado"(16). Esta es una definición que viene asumiendo desde sus *Lecciones de Derecho Penal* de 1990 (p. 198).

Welzel afirmaba que el "autor final es señor de su decisión y la realización de esta, y con ello, señor sobre 'su' hecho que conforma en su existencia y en su ser así con finalidad consciente". La teoría del dominio del hecho tuvo su

---

serían una extensión de la punibilidad a través de una participación accesoria, esto es, como todo aquel que lleva a cabo actos preparatorios o de mero auxilio durante la ejecución. Se establece una correspondencia entre autor-partícipe y actos ejecutivos-preparatorios.

Sin embargo, para la versión modificada de la teoría objetivo-formal, llamada también *subsunción típica*, no sería suficiente asumir el criterio de actos ejecutivos para definir legalmente la autoría, sino que hace falta realizar actos típicos, de tal manera que el autor se deriva de cada uno de los tipos de la parte especial del Código: autor es aquel sujeto cuya actividad es subsumible sin más en el tipo de lo injusto de cada delito (autor típico). El artículo 14 del CP español de 1973, junto con el artículo 16 constituyen causas de extensión de la pena porque los inductores como los cooperadores no realizan por sí actos subsumibles directamente en los tipos penales. Pareciera que no es posible dar un concepto de autor en abstracto sino solo en referencia a un tipo concreto. Es autor aquel que, reuniendo las exigencias personales objetivas y subjetivas exigidas por el correspondiente tipo legal, realiza el hecho típico.

(13) Así, DONNA. *Autoría y participación criminal*. Ob. cit., p. 30.
(14) PÉREZ ALONSO, 1998, p. 80.
(15) WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte general*. 1956, p. 104.
(16) VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, p. 469.

verdadero impulso en 1963 con la aparición de la monumental obra de Claus Roxin *Autoría y dominio del hecho*, que es la obra más completa que se ha escrito sobre la teoría del dominio del hecho, la cual es aceptada de forma mayoritaria en la doctrina comparada. Roxin admite como auténticas formas de autoría a la autoría inmediata unipersonal (dominio de la acción), la autoría mediata (dominio de la voluntad) y la coautoría (dominio funcional).

Desde la aparición de esta obra de Roxin, durante décadas pareció arribarse a ciertas conclusiones fijas –al menos en Alemania y en la doctrina y jurisprudencia comparada– sobre el alcance y límites de que lo se entiende por autoría en Derecho Penal. Al menos, tres son los puntos donde ha tenido recepción la doctrina roxiniana. En primer lugar, la adopción del sistema de diferentes formas de intervención en el delito frente a la concepción unitaria de autor; en segundo lugar, la concepción de que el concepto restrictivo de autor es correcto y, en tercer lugar, la idea de que el dominio del hecho representa, al menos para una buena parte de delitos, la base decisiva de la autoría(17).

Por otro lado, la teoría del dominio del hecho fue introducida en la literatura castellana por el profesor español Luis Jiménez de Asúa, y en la doctrina argentina principalmente por Enrique Bacigalupo y Eugenio Raúl Zaffaroni.

En los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho. Y tiene consecuencias concretas, las cuales son:

- Siempre es **autor quien ejecuta por su propia mano** todos los elementos del tipo. Se considera autor a aquel que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la parte especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos (autoría directa, o dominio de la acción).

- Es autor quien **ejecuta el hecho utilizando a un instrumento** (autoría mediata, o dominio de la voluntad). Sin embargo, en determinadas circunstancias es posible afirmar la existencia de varias personas responsables por el peligro, y no siempre estableciéndose una relación horizontal entre ellas (coautoría), sino también vertical (autor detrás del autor).

(17) Véase, al respecto: SCHÜNEMANN, Bernd. "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro". En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.). *Revista de Derecho Penal - Autoría y participación II*. Santa Fe-Buenos Aires, 2006, p. 30.

- Es autor, el **coautor** que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (dominio funcional del hecho, coautoría). La autoría es una forma de autoría, con la particularidad de que el dominio es común a varias personas.

A partir de la concepción del dominio del hecho, se desarrollan las clásicas hipótesis de autoría, como son la autoría inmediata, la autoría mediata y la coautoría. No obstante, resulta sumamente sugestiva la incorporación en la obra de Roxin de una temática sobre la autoría en los delitos de infracción de deber, con lo cual da a entender que resulta insuficiente la fundamentación de la teoría del dominio del hecho en determinados ámbitos de autoría delictiva (principalmente, según el autor, en la coautoría y en la autoría mediata).

Por otro lado, Villavicencio afirma que en los delitos de propia mano para ser autor se requiere la "realización corporal de la acción prohibida", y pone como ejemplo el delito de violación sexual en el supuesto de acceso vaginal(18). Esta afirmación, sin embargo, no sería tan cierta si tenemos en cuenta lo regulado por el Estatuto de Roma.

El dominio del hecho, como elemento de la autoría es un elemento del tipo penal. "En su parte objetiva, es decir, retener objetivamente en sus manos el curso típico del hecho, el dominio del hecho es elemento del tipo penal objetivo, al que se debe extender el dolo como voluntad de dominar el hecho. En consecuencia, es conveniente describir el elemento general de la autoría bajo la incorporación de su parte subjetiva, como dominio final del hecho"(19). No resulta aceptable la configuración del dolo como elemento decisorio en la constatación del dominio del hecho –en su terminología "dominio de la acción"– ya que determinados conocimientos del autor no pertenecen al dolo, sino al elemento subjetivo del dominio del hecho.

Se trata de un concepto material de autor que ha permitido explicar convincentemente –cosa que no podían hacer las teorías anteriores–, la autoría mediata(20). Aunque, como se conoce, el dominio del hecho no proporciona sólidos

(18) VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, p. 470.

(19) GÖSSEL, Karl Heinz. "Coautoría sucesiva y teorías de la autoría". Traducción de Patricia B. López. En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.) *Revista de Derecho Penal*. Autoría y participación criminal I, 2005-I, Santa Fe - Buenos Aires, pp. 52 y 53.

(20) En las primeras Jornadas Nacionales de Derecho Penal en la Universidad de Belgrano en 1973, HERRERA, Lucio Eduardo sostenía como criterio válido para el Derecho argentino la teoría material objetiva fundada en el "dominio del hecho", pero partiendo de la formal adecuación del hecho al tipo penal. Este autor negaba que el sujeto que se vale de una maquinaria organizada de poder para cometer un delito pueda ser autor mediato, cuando utiliza un ejecutor responsable aunque fungible, toda vez que quien imparte la orden no tiene el dominio del hecho, que en la situación concreta solo es poseído por quien lo realiza materialmente, porque es el único que puede detener o dejar correr el suceso delictivo. El

cimientos para la construcción del autor en los delitos imprudentes, donde el autor no tiene ni siquiera la finalidad criminal de producir un daño a los bienes jurídicos, por lo tanto, no hay posibilidad de dominar el curso causal. La doctrina, como hemos visto, expresa dos conceptos distintos de autor, dependiendo de las modalidades conductuales-subjetivas que se presenten: en los delitos comisivos dolosos, el concepto restrictivo de autor fundamentado en la teoría del dominio del hecho, que dicho sea de paso es el único supuesto donde se exige la diferenciación entre autor y partícipe; y en los delitos culposos o imprudentes, un concepto unitario de autor(21), que impide distinguir entre autor y partícipe, es decir, todos los intervinientes en el hecho punible son considerados como "autores". La doctrina alemana distingue varios conceptos de autor: en los delitos dolosos el concepto restrictivo de autor fundamentado en la teoría del dominio del hecho, y en los imprudentes un concepto unitario que impide distinguir entre autor y partícipes.

La teoría del dominio del hecho, ligada umbilicalmente al sistema finalista, como es sabido, presenta algunos límites como son los criterios de dominabilidad y previsibilidad. A mi entender, el dominio del hecho puede ser clasificado tanto en un dominio fáctico del hecho como en un dominio normativo del hecho. El primer criterio de clasificación está referido al plano naturalístico, que da contenido y fundamentación al comportamiento físico-corporal y material (como las discutidas ejecuciones de propia mano del hecho) del sujeto, específicamente a la categoría de autoría inmediata individual. En esta perspectiva encontramos a Mir Puig, quien puntualiza la concepción de autoría en un sentido estricto del término "autor", también llamado "concepto ontológico" o "concepto real" de autor, porque entiende que responde al significado propio de la palabra autor: el "verdadero" autor de un hecho sería, en

primero será el instigador o inductor y el último el autor directo. (vide LASCANO, Carlos. "Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales". En: *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*. Libro homenaje a Claus Roxin, Córdoba, 2001, p. 360.

(21) Las teorías unitarias del autor a la vez se fundamentan en la causalidad de la conducta, que en su versión tradicional se adhiere a la equivalencias de las condiciones: todo causante que interviene en un hecho punible tiene que ser considerado autor del mismo, con lo cual la participación es solo importante a efectos de la medición judicial de la pena en calidad de atenuante. Esta concepción, recomendada especialmente por la Escuela Moderna, pero también por el "Derecho Penal de la voluntad", hace posible colmar todas las lagunas de punibilidad y orientar las sanciones con arreglo únicamente a la personalidad del autor. Esta opción legislativa fue adoptado por el Código Penal de Italia de 1930 a consecuencia de la tendencia autoritaria de la época. Asimismo, en los países de habla alemana han introducido el concepto unitario de autor, como por ejemplo en el Código Penal austriaco. Esta teoría como es de suponerse no diferencia el tratamiento penal que existía entre el autor y un partícipe. El concepto unitario de autor niega en absoluto la trascendencia del principio de accesoriedad en la participación, además amplía la punibilidad por tentativa en todo el ámbito del fomento de un delito en definición no realizado.

efecto, aquel que lo realiza y del que se puede afirmar que es "suyo"[22]. Zaffaroni, Alagia y Slokar[23] sostienen que el recorte de orden objetivo derivado de la función conglobante de la tipicidad mediante la posibilidad de que una obra sea imputada al agente como propia, es posible a través de la hipótesis de la dominabilidad. En efecto, autor y hecho son términos de un juicio analítico y no sintético, pues sin dominio del hecho no hay autoría dolosa, pero toda vez que sin la posibilidad objetiva de dominio del hecho es sobreabundante interrogarse acerca de la existencia real y efectiva de dominio, resulta que la dominabilidad es el presupuesto objetivo del dominio.

El concepto finalista de autoría tuvo rápidamente aceptación en la doctrina alemana como en su legislación; así las disposiciones sobre autoría y participación del Código Penal alemán (parágrafos 25 a 31) –aprobadas por la Ley de 4 de julio de 1969 que entró a regir el 1 de enero de 1975, en una nueva redacción del Código Penal de 1871– introducen un precepto que diferencia por vez primera en la ley misma entre autoría (autor único), autoría mediata y coautoría[24], lo que pronto tuvo un eco importante en la doctrina española. En la jurisprudencia argentina se sigue con la tendencia del dominio del hecho, así tenemos: "De acuerdo a la teoría del dominio del hecho –receptada en la sentencia e invocada en el recurso de casación–, autor, a diferencia de los partícipes, es quien tiene el dominio del suceso"[25].

## 3. Hacia un dominio del hecho típico

El punto de partida de la teoría del dominio del hecho para la solución de la autoría es utilizar un concepto restrictivo y la conexión que supone con el tipo legal correspondiente. Es decir, surge como una síntesis de criterios objetivos y subjetivos, más concretamente, de la teoría objetivo-formal y de la teoría

(22) MIR PUIG, 1996, p. 537; el mismo autor más adelante (p. 566) sostiene que la teoría del dominio del hecho sigue anclada en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de imputación que caracteriza a la calificación de autor, ya que esta supone que el delito es imputable al sujeto como suyo, supone pues una relación de pertenencia. También este criterio es compartido por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Lima, 1994, p. 568, pues afirma que los conceptos de autor, cómplice e instigador no son creaciones del Derecho Penal, sino tomados de la vida cotidiana, de la realidad de lo óptico. En igual sentido VILLAVICENCIO, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Lima, 1990, p. 198.

(23) ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires, 2000, pp. 741 y 742.

(24) JESCHECK, Hans-Heinrich. "Orígenes, métodos y resultados de la reforma del Derecho Penal alemán". Trad. de María Isabel García de la Torre. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, p. 12.

(25) Extraída en: DONNA / DE LA FUENTE / MAIZA / PIÑA. *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*. Tomo I, Buenos, Aires, 2003, p. 445. PÉREZ ALONSO, 1998, p. 179.

subjetiva de la participación. Pérez Alonso sostiene que la teoría del dominio del hecho es exclusivamente objetiva, es decir, que consiste en el poder de configuración del transcurso de los sucesos de actuación con relevancia jurídico-penal, que se lleva a cabo mediante la prestación de una contribución eficaz y con peso objetivo para controlar y dirigir la ejecución del hecho injusto(26).

En la teoría de la imputación en general tiene que establecerse en primer lugar un "juicio típico" y después un "juicio de culpabilidad". Y en el plano de la categoría de la tipicidad deberá distinguirse en tres puntos: la imputación personal, la imputación objetiva y la imputación subjetiva. La imputación personal es el juicio jurídico-normativo que permite considerar a una persona autor del delito de la parte especial o de leyes especiales. La imputación personal necesita que en la persona imputada de una infracción penal se verifiquen los elementos del tipo de autoría que se le atribuye, conforme al artículo 23 del Código Penal y al supuesto típico utilizado en el juicio de subsunción, es decir, si es un autor directo, autor mediato o coautor. En tal sentido, autor de un delito es la persona que realiza la acción típica, y es que el verbo rector-típico es el que delimitará los alcances de la imputación personal, relativizándose –claro está– en el supuesto de la autoría mediata. Si bien actualmente la teoría formal-objetiva ha sido abandonada por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, no puede dejarse de lado que al menos dicha teoría expresó en su momento que solo puede imputarse como autoría aquello que el legislador había expresado en los tipos penales, y que a partir de ahí se podía dar inicio a la punibilidad de los intervinientes del delito.

Si el comportamiento de un sujeto ha realizado un hecho típico solo lo puede establecer la autoría que tenga en cuenta todos los elementos típicos. Así, nadie podría afirmar que un sujeto es autor de un robo si no ha realizado los elementos típicos –objetivos y subjetivos– de la correspondiente figura delictiva. En efecto, Binder afirma que: "cada tipo penal tiene previsiones sobre el autor y no hay que presuponer que toda fórmula general cumple mejor la función limitadora, porque muchas veces la necesaria abstracción de los casos particulares produce el efecto contrario, generando conceptos abiertos siempre peligrosos para el sistema de garantías. Por lo tanto, no es conveniente desvincular el problema de la autoría de cada figura delictiva y en ese marco de valoración la dogmática deberá constituir el concepto más restrictivo posible, especificando en cada figura qué significa ejecutar la acción típica"(27).

(26) GÖSSEL, Karl Heinz. "Coautoría sucesiva y teorías de la autoría". Traducción de Patricia B. López. En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.) *Revista de Derecho Penal*. Autoría y participación criminal I, 2005-I, Santa Fe - Buenos Aires, pp. 52 y 53.

(27) BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires, 2004, p. 175.

La fórmula legal descrita en el artículo 45 del Código Penal argentino deja latente la posibilidad de admitir en su descripción un marco teórico referente a la autoría[28]. Tendrá que entenderse en una pluralidad y neutralidad para que el intérprete pueda realizar su función. Prueba de ello es que puede hacerse interpretaciones según la teoría objetivo-formal clásica, como aquel que realiza un acto ejecutivo del tipo penal. También puede admitirse la concepción moderna de la teoría objetiva-formal, como es la subsunción típica, es decir, autor es quien realiza la conducta directamente subsumible en el tipo.

Esto significa que el autor interviene de algún modo en el hecho típico. Cada vez que se pueda afirmar que ha intervenido, de acuerdo al plan concreto, en la realización material del hecho y era coposeedor del dominio funcional del hecho, podremos afirmar que se trata de un coautor[29]. Es autor quien tiene dominio sobre la acción típica, actuando durante el proceso ejecutivo. Mientras el cómplice realiza un aporte en el estado de preparación, no puede tener tal dominio, ya que no está en su realización; la ejecución misma elimina su dominio, habida cuenta que él ya ha salido de su esfera de influencia con autoridad[30].

En efecto, Maurach, Gössel y Zipf afirman que "el tipo contiene la descripción de una lesión jurídica conforme al sujeto, al objeto y a la acción típica. De acuerdo con ello, solo puede ser autor y, por ende, también coautor, quien ejecute una lesión a un bien jurídico, es decir, quien tenga el dominio del hecho respecto de una lesión, concreta y típicamente descripta, de un bien jurídico. En este contexto, preparación y tentativa son vistas como etapas en el proceso de perjuicio del bien jurídico (...) No es decisivo si su colaboración ha producido un aporte en estado de tentativa de una agresión ejecutada en común contra un bien jurídico, sino exclusivamente si un colaborador, mediante

(28) GÓMEZ BENÍTEZ, Ob. cit., p. 109. precisa que el concepto de "sujeto activo" es más primitivo que el de "autor", en el sentido de que para ser autor se exigen más requisitos jurídicos que para ser sujeto activo. El concepto de "sujeto activo" es la base objetiva del concepto de autor, porque alude a la persona que realiza el tipo, y que la tipicidad solo excepcionalmente no comporta antijuricidad, dicho sujeto activo normalmente será el autor del hecho. Entonces la expresión sujeto activo no debe confundirse con la de autor, la idea de autor lleva implícitamente la de responsabilidad criminal por el hecho acaecido, mientras que el sujeto activo es solamente la persona que ejecuta el comportamiento típico, persona que, puede ser o no ser catalogada como autor. También en este sentido: QUINTERO OLIVARES. Ob. cit., p. 538. PEÑA CABRERA. *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. Lima, 1994, p. 298. En cambio: ROY FREYRE, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*. Tomo I, Lima, 1986, p. 47, equivocadamente entiende que sujeto activo es el autor, material o moral, de la acción u omisión delictiva que la ley precisa valiéndose para tal efecto de la utilización de un verbo principal.

(29) HERRERA, Lucio Eduardo. "Coautoría por división de funciones". En: *La Ley*, 1990-D, Buenos Aires, p. 30.

(30) CCC, Sala VII, "Slafer, Sergio D. y otro" del 14/05/84, LL, 1985-D, p. 568.

su propio aporte, toma parte del dominio colectivo del hecho, es decir, si participa en el tener entre manos un acontecer típico que ha ingresado en la zona de punibilidad"[31].

Asimismo, Pérez Alonso señala que "el precepto supone una plasmación expresa del principio de legalidad en materia de autoría. Cuando señala que son autores quienes realizan el hecho (tipo punible), el artículo 28.1 está acogiendo un concepto restrictivo de autor, al reconocer el principio de referencia al tipo como presupuesto ineludible de cualquier concepto y clase de autoría. La tipicidad constituye la barrera infranqueable entre la autoría y participación: solo puede ser autor quien realice el hecho típico. En suma, el artículo 28.1 proclama un concepto restrictivo de autor, basado en el principio de referencia al tipo, cuyo fundamento reside en la realización del hecho típico"[32].

Hernández Plasencia indica que "el dominio del hecho no es, como pretende la imputación objetiva, el marco para dilucidar si una conducta es o no típica, ni tiene como objetivo suplantar los criterios de determinación de los elementos del tipo, sino un criterio para averiguar quién ha realizado una conducta típica. Lo que es cosa ajena en el hurto, el resultado muerte en el homicidio o si existe relación de causalidad entre la ingestión de un veneno y una intoxicación no se determinan, desde luego, con arreglo al dominio del hecho"[33]. Debe establecerse, como expresa Schünemann, una estructura lógico-objetiva común para todas las formas posibles de autoría. Así, "el gran arsenal de descripciones gráficas de la autoría directa o inmediata (individual), que se halla en los tipos penales en particular, recibe indirectamente también la clave para las restantes formas de autoría. En efecto, ya del principio de igualdad surge que la relación con el delito de los otros tipos de autoría del coautor y del autor mediato, debe ser equiparable con la relación que tiene el autor directo o inmediato, de modo que los criterios utilizados para este deben ser coordinar unos con otros y no pueden ser absolutamente heterogéneos"[34].

(31) MAURACH / GÓSSEL/ ZIPF, p. 374.

(32) PÉREZ ALONSO, Esteban. "La autoría y participación en el Código Penal español de 1995 y en la reciente reforma penal". En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.), *Revista de Derecho Penal, 2006-1 - Autoría y participación III*, Santa Fe-Buenos Aires, p. 154.

(33) HERNÁNDEZ PLACENCIA, Ulises. "Imputación objetiva versus dominio del hecho". En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.). *Revista de Derecho Penal - Autoría y participación III*, 2005-II, S.

(34) SCHÜNEMANN, Bernd. "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro". En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.). *Revista de Derecho Penal - Autoría y participación II*. Santa Fe-Buenos Aires, 2006, p. 37. GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, p. 107.

# IV. La autoría en los delitos de omisión

## 1. Consideraciones generales

La cuestión ahora será el tipo de autoría en el ámbito de la equiparación de una omisión a la producción activa de un resultado. La redacción del artículo 13 del Código Penal peruano pareciera, en principio, referirse únicamente al autor del delito ("El que omite"). Esta interpretación es válida y racional en la medida en que el codificador ha seguido una secuencia lógica-sistemática, ya que casi todos los tipos penales de la parte especial están redactados en función a un autor directo, en cambio, si existiese una pluralidad de personas (garantes o no) en el evento delictivo, la relevancia de sus aportes se establecerá según las reglas generales de autoría y participación ubicadas desde la parte general, fundamentalmente en los artículos 23, 24 y 25 del mismo Código.

## 2. Teoría del dominio del hecho y omisión impropia. ¿Insuficiencia de la teoría del dominio del hecho para definir la autoría en los delitos de omisión?

La teoría del dominio del hecho fue diseñada principalmente para estructuras típicas de comisión dolosa, en esa lógica no cumpliría igual función fundamentadora en determinadas manifestaciones delictivas "excepcionales", como serían los delitos de omisión, particularmente de omisión impropia –por la equiparación que existe con la comisión positiva–, donde el sujeto no ejecuta la conducta ordenada por la norma imperativa, pues la omisión no brinda dominio alguno sobre el curso causal de los hechos(35).

El mismo Roxin decía que nuestras "reflexiones conducen, al sorprendente resultado de que las consideraciones sobre el dominio del hecho de entrada no son pertinentes en los delitos de omisión: el omitente no llega a ser autor

(35) En este sentido ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 500, quien indica que la dirección, con dominio, del acontecer presupone entre el resultado producido y la persona del autor una relación basada en conducta rectora activa, lo que justamente falta en las omisiones pues solo se limita a dejar que los acontecimientos sigan su curso. EL MISMO. "La delimitación entre autoría y participación según el Derecho alemán. En: *Dogmática penal y política criminal*. Lima, 1998. p. 363. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "*El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1984, p. 107, indica que: "Más discutido se presenta el caso en los delitos omisivos (concretamente de comisión por omisión) en los que el dominio del hecho se maneja, en su caso, como dominio "potencial". BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999, p. 306.

por su eventual dominio del hecho"[36]. Por ello, debe adelantarse que el criterio del dominio del hecho –como cualquier otro– no tiene validez universal para definir la autoría en todos los tipos de delito[37]. De ahí que tenga razón Gómez Benítez cuando afirma que ello "no impide que siga considerándose el criterio básico sobre el que construir la teoría de la autoría, por ser el general criterio de imputación al autor de los delitos dolosos, respecto al cual los demás criterios construyen auténticas excepciones"[38].

Desde la perspectiva del dominio del hecho, habría que analizar esta autoría en función de los casos que se plantean. Así, en el ejemplo del salvavidas de una playa que observa que su peor enemigo se está ahogando, o de quien golpea a otra persona y la deja herida en medio de la carretera, podría decirse, al margen de si la acción tiene incidencia causal en el resultado, que ambos sujetos tienen "en sus manos el señorío" de los acontecimientos, pues en última instancia deciden conscientemente sobre el resultado típico, ya que de ellos dependen si la persona se ahoga en la playa o se desangra en la carretera. No obstante, se admite la posibilidad –y ahí está la diferencia con el dominio de hecho en los delitos de comisión– de que en la trayectoria hacia el resultado pueda fracasar el objetivo criminal, ya que el omitente lo que logra dominar es su no acción o aquella acción distinta a la ordenada por la norma.

### 2.1. Adaptaciones del "dominio del hecho" para fundar una autoría en el marco de estructuras típicas de omisión

Sin embargo, si queremos que la teoría del dominio del hecho se adapte a las peculiaridades de los delitos de omisión, esta tendría que ser concebida de dos modos:

a) Lo que se llama "dominio del hecho" ahora será la "posibilidad de intervenir con el objetivo de evitar un hecho típico". Si esto es así, solo hay dos salidas: o bien, dado que no todo omitente puede responder como autor, cabe conceder que además del "dominio del hecho" –que se da siempre y, por tanto, nada aporta a la distinción–, se requiere una posición de garante: entonces ya no es la posibilidad de evitar el resultado, sino el deber, lo que decide sobre la autoría[39]. Esta parece ser la concepción de Maurach, Gössel y Zipf cuando dicen que "solo la posesión del dominio del hecho, en sus dos elementos del

(36) ROXIN. *Autoría y dominio del hecho.* Ob. cit., p. 499. En términos parecidos: STRATENWERTH, 1999, p. 315.
(37) PÉREZ ALONSO, 1998, p. 171.
(38) GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, p. 107.
(39) ROXIN. *Autoría y dominio del hecho.* Ob. cit., p. 501.

dominio del hecho objetivamente existente y de la voluntad de este en el ámbito subjetivo, pueden fundar la autoría por omisión"[40]. Luego afirman que el concepto de autor de una omisión dolosa debe determinarse básicamente del mismo modo que los hechos dolosos, complementado ello con elementos especiales de autoría: la posición de garante.

En esta línea de pensamiento, Muñoz Conde y García Arán sostienen que: "en algunas formas de delito (imprudentes, comisión por omisión, especiales) el dominio del hecho tiene que ser complementado por otros criterios específicos, como infracción del deber extrapenal, posición de garantía, etc. El autor, además del dominio del hecho, materialmente, tiene un deber específico de impedir el resultado típico, aunque la infracción del deber (de diligencia, de la posición de garante) no es por sí suficiente para fundar la autoría. Es decir, aparte que la autoría por delitos de omisión ofrece una particularidad, es necesario –a mi juicio correctamente– que se exija un elemento objetivo adicional de limitación como es la posición de garantía"[41]. Dicha posición también la encontramos en la doctrina argentina[42]. En este orden de ideas, la posición de garantía cumple dos funciones yuxtapuestas: fundamentar la punibilidad de los delitos impropios de omisión y al mismo tiempo fundamentar el extremo de la autoría, esta última porque se deduce de la propia esencia de los delitos de omisión, de manera que si el omitente es garante, y si cumple los demás requisitos exigidos por el tipo penal correspondiente, necesariamente será autor.

La otra salida sería intentar la distinción conceptual entre autoría y participación criminal en la mayor o menor dificultad de evitar el resultado. Según lo cual un omitente sería señor del hecho, no ya cuando podría evitar el resultado, sino solo cuando sea posible evitarlo sin gran esfuerzo. Esta última opción no parece ofrecer sólidos resultados desde que se funda en consideraciones hipotéticas o de probabilidad muy difícil de probar, o sobre todo de ofrecer certeza en la realidad.

b) La otra concepción sería acudir al llamado "dominio del hecho social", es decir, someter a la consideración social que hacer y omitir ya no se distinguen en el plano de la realidad, donde la inactividad no aparece como tal, sino solo como manifestación del hecho comisivo y, por tanto, como conducta ligada a

(40) MAURACH / GÓSSEL / ZIPF, Ob. cit., p. 324.
(41) MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal, Parte General.* Valencia, 1996, p. 451.
(42) TERRAGNI, Marco Antonio. *El delito culposo*, 1998, p. 115, "Únicamente a quien reúne los requisitos especiales es posible formularle la imputación objetiva lo convierte en sujeto activo del delito de omisión impropia, el hecho de que él tiene la responsabilidad, jurídicamente impuesta, de hacer lo posible para evitar la consecuencia. Para graficar la situación, la doctrina dice que esa persona se halla en *posición de garante*".

un dominio. En ese sentido, en el supuesto de la madre que estaba haciendo gimnasia en la terraza y no alimentaba a su menor hijo, con lo cual produjo su muerte, en el lenguaje popular el caso merecerá un juicio de valor en el sentido que la madre "ha matado" a su víctima, no importando para ello la modalidad conductual con la cual se llegó a tal resultado lesivo, en consecuencia, el suceso causal ha estado sometido a "dominio".

Una concepción peculiar es la esbozada por Baigún que, en primer lugar, no admite reparos en admitir el dominio del hecho a los delitos de omisión y acepta una responsabilidad penal ad hoc de las personas jurídicas; en tal sentido, "si la persona jurídica decide permanecer inactiva no obstante su obligación de actuar, esta decisión expresa el poder de manejar la situación y resolver si se produce el resultado"(43). Baigún acepta, sin embargo, que en la persona jurídica, en la perspectiva omisiva, el proceso social dirigido a producir un acontecimiento lesivo viene configurado previamente, pero no le queda dudas de que la decisión de no hacer depende exclusivamente de su dominio; aunque más limitado, el dominio del hecho está presente(44).

No parece aconsejable ni conveniente construir un dominio de los sucesos por omisión a partir de consideraciones o juicios sociales, concretamente desde el punto de vista de la seguridad jurídica –eso sería retroceder y revivir épocas donde la moral circunscrita a juicios de valores sociales y el Derecho se confundían para imputar un hecho punible–, pues en el caso de la madre que no cumple su deber en ese instante, lo único que hay que reprocharle es no hacer, o mejor dicho no haber evitado el resultado típico "homicidio".

Finalmente, las consecuencias que produce la aplicación de la teoría de dominio del hecho a las estructuras típicas por omisión (impropias) llevan a resultados dogmáticos y político-criminales indeseables, pues lo decisivo, como se dijo, para afirmar la autoría será que el sujeto domine o controle (con previsibilidad) el curso causal tendiente a producir el resultado lesivo o peligroso. En ese sentido, Gómez Benítez, por ejemplo, pone el caso de que "el *intraneus* no evita que un *extraneus* actúe delictivamente y con dolo contra el objeto material respecto al que el *intraneus* tiene un deber de garante. Se trata, pues, de un caso en el que el garante omite, y el *extraneus* doloso (y plenamente responsable) actúa. Pues bien, la teoría del dominio del hecho –continúa el autor– conduce a la conclusión de que el garante debe ser partícipe por omisión (cómplice) en el hecho, que solo ha dominado el *extraneus*"(45).

(43) BAIGÚN, 2000, p. 194.
(44) Ídem.
(45) GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, pp. 107-108.

El presente caso desnuda las falencias intrasistemáticas que padece la aceptación de la teoría del dominio del hecho en determinados sectores delictivos de corte excepcional, ya que aquellos autores que asumen que en los delitos impropios de omisión existe una equivalencia normativa casi estricta entre omisión y comisión del hecho típico, ven solo una participación a título de cómplice del garante que omite, pues únicamente el actuante concurrente asume el protagonismo del control del curso causal lesivo (entendido como "dominio de acción"), cuando en realidad el *intraneus* podría ser considerado como autor porque, precisamente, su posición especial de garante en relación con el bien jurídico conduce racionalmente a tal afirmación, otro tema será la discusión sobre la existencia de los requisitos de la omisión impropia.

## 3. Criterios para la construcción conceptual de la autoría en los delitos impropios de omisión

Ahora bien, este apartado lo que persigue es delimitar en la medida de lo posible algunos criterios por los cuales se debe construir adecuadamente un concepto de autoría –material y normativo– en los delitos de omisión.

### 3.1. Exposición doctrinal con referencia a la autoría en los delitos de omisión

Lo que caracteriza a los delitos de omisión impropia es el dato de que solo pueden ser realizados por quien no impide el resultado típico, pero que por tener una calidad de garantía, a través de las fuentes que se prevé, estaba obligado a hacerlo; por consiguiente, todo omitente-garante será autor (por cumplir con las características objetivas de la autoría de la omisión impropia) del correspondiente tipo de injusto en la modalidad de omisión impropia, y nunca podrá ser considerado como partícipe en el mismo.

De todo esto se desprende una conclusión simple pero significativa: o se es garante o no se es garante. Sin embargo, habría que decir si es punible un omitir sin posición de garante. Como decae la autoría por faltar el deber y a menudo también la posibilidad de evitar el delito, solo cabe, subsidiariamente, abarcar el suceso criminal como complicidad por omisión, de manera que junto al omitir sin tipo de omisión, en el omitir sin posición de garante podemos presentar una segunda manifestación de la participación por omisión.

Para la autoría de la omisión impropia es preciso que se den todos los elementos típicos y además que exista un elemento adicional, lo cual ha derivado en varios criterios restrictivos. Según uno, ese elemento sería la posición de garantía; en este sentido, Jakobs apunta que autor "de un delito de omisión solo puede serlo el titular de un deber de responder de que se evite el resultado

(deber de garante)"[46]. Para otros, es necesario que exista la creación del riesgo de que se produzca la lesión del bien jurídico. De otro lado, Roxin expresa que de "considerar a los hechos omisivos como delitos de infracción de deber, la vulneración del deber (extrapenal) de garante convierte por sí solo al omitente en autor; la participación por omisión solo cabe, pues, allí donde el tipo no es realizable por omisión (por ejemplo, en los delitos de propia mano y en los de apropiación)[47].

Así, por ejemplo, para Silva Sánchez, el autor en comisión por omisión se configura "cuando el riesgo cuyo control se ha asumido frente a la colectividad (por el compromiso) es el riesgo que, de modo inmediato, habrá de realizarse en el resultado y concurren, además, los restantes elementos de autoría"[48]. Bustos y Hormazábal sostienen que para ser autor en delitos de omisión basta con la conciencia de la situación[49]. Por su parte, Bacigalupo sostiene que la "autoría del delito de omisión depende de la infracción del deber de actuar o de impedir el resultado que sea equivalente a su producción activa"[50].

Otra variante la encontramos en Bottke, quien dice que en los casos de "no evitación del hecho penal, con especial infracción de deber, es conveniente otra discusión sobre la autoría penal, pues hay que probar, asimismo –más allá de la mera especial infracción de deber–, el de un dominio de configuración de superior relevancia". Cuando no se cumple con estos criterios, desaparece la autoría omisiva por falta de un eficaz y constitutivo ejercicio fáctico y efectivo del "dominio de configuración de superior relevancia". Solo se podría afirmar la existencia de participación por omisión. Luego puntualiza que lo "esencial para la autoría directa omisiva es, solamente, que la propia actuación corporal solo tiene eficacia para fundamentar la responsabilidad, por la causación dirigida del suceso cuando el riesgo ocasionado no se malogre por propia responsabilidad de la víctima"[51].

En otro sentido, Donna sostiene que mientras en los delitos dolosos de comisión la persona que mata lo hace por actuación corporal, en los casos de

(46) JAKOBS, 1997, p. 968.
(47) ROXIN. *Autoría y dominio del hecho*, p. 706.
(48) SILVA SÁNCHEZ. "Aspectos de la comisión por omisión. Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario". En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 38, 1989, p. 397.
(49) BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999, p. 306.
(50) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires, 1999, p. 564. De la misma manera: BACIGALUPO, Silvina. "Cuestiones específicas de la participación en Derecho Penal económico". En: *¿Más Derecho?* Nº 2, Buenos Aires, 2001, 152.
(51) BOTTKE, Wilfried. "Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de Derecho Penal de la comunidad europea". En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, p. 317.

omisión, la autoría directa se manifiesta al existir un no hacer corporal, que trae como consecuencia un daño al bien jurídico o por lo menos un aumento del riesgo a ese bien jurídico, siendo en los delitos de omisión impropia el no hacer equivalente al hacer(52). Del citado párrafo se puede deducir que Donna tiene razón cuando dice que para la definición de autoría en los delitos de omisión –particularmente en la omisión impropia– antes es necesario partir del concepto de omisión, concepto en el que está incluida la conducta. En ese sentido, dicho autor acepta, en líneas generales, que en la omisión existe lisa y llanamente una ausencia de actuación; en consecuencia, se muestra partidario de una concepción no normativa de la omisión, cuando la realidad jurídica demuestra que en la omisión penal sí existe una actuación corporal, lo que pasa es que dicha actuación es distinta a la ordenada por la norma. Sin embargo, para efectos de la omisión impropia ese no hacer se corresponde a la comisión.

### 3.2. Un concepto normativo de autoría para delitos de omisión

Asumir una postura en relación con la autoría delictiva en los delitos de omisión impropia, no solamente debe responder, en un estricto nivel dogmático, a si debemos mantener o no la posición o situación de garantía como elemento objetivo y diferenciador de la omisión propia, sino también a cuándo hablamos de delitos de dominio y cuándo de delitos de infracción de deber.

#### 3.2.1. El dominio del riesgo

No es posible evidenciar fácticamente un control de proceso causal en sentido naturalístico (causalidad lisztiana) por parte del sujeto activo, cuando este no ha actuado o lo ha hecho de manera distinta a la ordenada por la norma primaria. Resulta difícil actualmente sostener un concepto rígido de autor que no ofrezca, intrasistemáticamente hablando, un concepto –digamos– "flexible", que esté orientado a los cambios o requerimientos de las nuevas formas de comportamientos externos proporcionados por la delincuencia moderna, sobre todo en ámbitos empresariales y en aparatos organizados de poder. En ese sentido, que no necesite de la constatación de un contacto próximo o directo con el resultado típico; pero sin embargo, por consideraciones de punibilidad, es imperativo catalogar que tal sujeto ha realizado el tipo correspondiente, y sea tildado como autor penalmente y merecedor de las consecuencias jurídicas del delito (los ejemplos paradigmáticos serían los casos de autoría mediata individual, caracterizado por instrumentalizar a un tercero, y los delitos de omisión donde la "pasividad" no es lo que "origina" la afectación al bien jurídico).

(52) DONNA. *Autoría y participación criminal*. Ob. cit., p. 41.

En tal virtud, la doctrina para solucionar estos problemas ha pregonado un segundo criterio de clasificación de carácter normativo, que estaría relacionado más bien con el acontecer riesgoso típico de la figura delictiva, esto es, como dijimos, que no se exija la probanza empírica de un dominio absoluto de los sucesos que rodean al hecho punible; pero sí que permita afirmar racionalmente que dicho sujeto tenía un control objetivo (causalidad) y subjetivo (previsibilidad) del evento criminoso. De este modo, se le hace imputable el hecho punible, esto sin desconocer obviamente la realidad fáctica que le sirva de base, la misma que estará orientada a decisiones valorativas.

En otras palabras, siguiendo a Silva Sánchez: "dominio del hecho significa, así, para mí, dominio del tipo, pertenencia del tipo, en el sentido de control sobre la relevancia típica del riesgo. En lo que a la comisión por omisión se refiere, en los casos en que el proceso principal lesivo no es, de por sí, delictivo, no hay problema, puesto que es la omisión la que genera la relevancia típica del hecho, convierte el riesgo en riesgo típico. Si el hecho principal es en sí delictivo no cambia nada. El omitente, en realidad, no interviene en el hecho delictivo comisivo, sino que realiza el suyo propio, domina su propio hecho"(53). En definitiva pues, todo "dominio o control fáctico" en cuanto se considera relevante para definir una institución jurídica, pasa necesariamente a "normativizarse"(54).

### 3.2.2. El principio de referencia al tipo

Habría que precisar que el concepto de autor no se deriva directamente del concepto de acción, como en su momento lo expresaban los profesores Córdoba y Maurach, sino que, a mi juicio, la doctrina de la autoría y la participación criminal pertenece a la teoría del injusto(55). En este orden de pensamiento, el que tenga dominio del hecho será considerado autor aunque no realice materialmente ningún elemento del tipo objetivo (lo que es válido tanto para la autoría mediata como para la coautoría) si un código penal se inspira en una concepción personal del injusto. Por ejemplo, en nuestro Código Penal se castiga la tentativa de delito (artículo 16) y es preciso apreciar la existencia de algunos elementos subjetivos distintos del dolo en la parte especial (por ejemplo,

(53) SILVA SÁNCHEZ, 1989, pp. 388 y 389.
(54) BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata en Derecho Penal*. Valencia, 2000, p. 131.
(55) En este mismo sentido: WELZEL, 1956, p. 104. CEREZO MIR, José. "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho Penal española". En: *ADPCP*. Madrid, 1975, p. 51. EL MISMO. "Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal". En: *ADPCP*. Madrid, p. 541.

el artículo 185 precisa un *animus* de lucro). El que tiene, entonces, el dominio del hecho aparece como el centro personal del injusto.

Si bien partimos de la base de la teoría del dominio del hecho, que es a su vez un dominio del riesgo, también es cierto que es necesario realizar una interpretación estricta y sistemática de los tipos penales involucrados en la resolución de los casos, en mérito al principio de legalidad, para determinar la contribución causal del autor y demás partícipes. De lo expuesto, podemos inferir que asumimos como punto de partida las consideraciones de la teoría objetivo-formal. Los mismos defensores de la teoría del dominio del hecho admiten que aquella teoría es su precursora más inmediata, pero ya sabemos que simplemente lo objetivo-formal resulta insuficiente para poder captar todas las formas posibles del comportamiento humano y su definición en la dogmática jurídico-penal.

En tal sentido, existe un principio de referencia al tipo para la definición del concepto del autor, que constituye la razón fundamental a favor de la opción por un concepto restrictivo de autor. No cabe duda que el tipo penal es el punto de apoyo teórico-legal para cualquier concepto y clase de autoría, configurando el presupuesto general de la autoría para los delitos de comisión u omisión, dolosos o culposos(56).

## 4. Las distintas formas de autoría y participación en los delitos de omisión impropia

En los delitos de omisión quizá el mayor problema que se presenta es qué modalidades de autoría son susceptibles de cometerse por omisión. No es posible hablar de una autoría mediata omisiva(57) en el sentido que no es posible una instrumentalización de un sujeto mediante una omisión. Desde mi punto de

(56) PÉREZ ALONSO, 1998, p. 170.

(57) En este sentido ROXIN. *Autoría y dominio del hecho,* p. 509; BACIGALUPO. 1997. p. 413; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Ob. cit., p. 61; OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO. Ob. cit., p. 59. En contra: MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo II. Traducción de la segunda edición alemana (1933) y notas de Derecho español por José Antonio Rodríguez Muñoz, Madrid, p. 300, quien dice lo siguiente: "La omisión puede ser cometido en la forma de autoría mediata: el que detiene en su conducta al obligado a actuar, por ejemplo, narcotizándole, puede ser hecho responsable –presupuesta la necesaria culpabilidad– como autor en la omisión de la acción exigida, incluso también cuando a él mismo no le incumbiera un deber de actuar. Ciertamente que ha desplegado una conducta activa, cuando aleja, v. gr. a la madre, impidiéndola que dé alimento a su niño, pero el delito como totalidad sigue siendo un delito de omisión". MAURACH / GÖSSEL / ZIPF. Ob. cit., p. 357; MIR PUIG, 1996, p. 390. BACIGALUPO, Silvina. "Cuestiones específicas de la participación en Derecho Penal económico". Ob. cit., p. 152 donde apunta que: "También es posible hablar de autoría mediata en los delitos de omisión. En la medida que uno, mediante fuerza física irresistible, impide a otro realizar la

vista, entonces, en estos casos es autor quien causa el resultado (de cualquier manera) mediante una violación de su deber especial típicamente específico mientras que el que no es alcanzado por este deber solo puede ser un partícipe, incluso cuando influye en el omitente actuando activamente(58).

Para la existencia de la coautoría, es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la propia decisión sobre la consumación del delito. Se requiere que la aportación se efectúe en la etapa ejecutiva y estas consideraciones no pueden ser aplicadas al delito omisivo, más aún al no darse un dolo en el sentido de los delitos de comisión, en suma, no es posible una "decisión común al hecho"(59).

Habrá que advertir que el mero conocimiento de la realización de un hecho punible definitivamente tiene relevancia jurídico-penal(60), y por tanto corresponde asignarle una participación delictiva (autoría) en los hechos. Empero, esta vinculación del sujeto con los hechos a través de su conocimiento efectivo, solo puede ser considerado válidamente por dos motivos puntuales:

- En principio, si tiene previamente una calidad de garante (artículo 13 inciso 1 del Código Penal), se obliga jurídicamente a impedir afectaciones (lesión o peligro) al bien jurídico tutelado, de acuerdo a su ámbito de dominio y competencia. En este supuesto hablamos de delitos de omisión impropia en calidad de autoría, siempre y cuando quede satisfecha la equivalencia típica.

- Sin embargo, si no tiene la calidad de garantía ni tampoco la equivalencia típica de acción a una omisión, el conocimiento de un ilícito penal por parte del sujeto omitente solo puede constituir una modalidad omisiva propia.

---

acción mandada, no se da sino la acción positiva del que impide realizar la acción y produce la lesión del bien jurídico".

(58) Cfr. ROXIN. "Dogmática penal y política criminal". Ob. cit., pp. 363 y 364.

(59) BACIGALUPO, 1997, p. 413. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Ob. cit., p. 71; VILLAVICENCIO, 1990, p. 284; BACIGALUPO, Silvina. "Cuestiones específicas de la participación en Derecho Penal económico". Ob. cit., p. 152. En contra: JESCHECK. Ob. cit., p. 621; MIR PUIG, 1996, p. 390; BAIGÚN, 2000, p. 217, apunta que en primer lugar, cuando coexisten una acción institucional dolosa, realizada por una persona jurídica que después de la resolución la lleva a la práctica mediante la realización, y otra que, no obstante su obligación de impedirla, se abstiene totalmente; en segundo término, cuando dos decisiones institucionales de diferentes sociedades, unido por el deber común de actuar, optan en conjunto por la inacción". MARÍN DE ESPINOZA CEVALLOS, Elena B. En: ZUGALDÍA ESPINAR, José M (Dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban J. (coord.). *Derecho Penal. Parte general*. Valencia, 2004, p. 824 no hay problema de coautoría omisiva. En el Perú, HURTADO POZO, 1987, p. 564; ROY FREYRE, Ob. cit., pp. 92 y 93.

(60) Esto tiene relación con nuestra postura que para verificar la tipicidad subjetiva de los delitos de omisión impropia, se necesita solo el **dolo cognitivo**, esto es, aquello que el sujeto se representó en su mente la idea de "omitir" o "seguir omitiendo".

Ahora bien, dicha responsabilidad penal por autoría tendrá que ser de un delito "independiente"[61] como es la omisión propia, y puede presentarse en varios supuestos típicos: delito de omisión de denuncia (artículo 407[62] del Código Penal), delito de omisión de auxilio o aviso a la autoridad (artículo 127[63] del Código Penal), o delito de omisión de ejercer la acción penal pública (artículo 424[64] del Código Penal). Un caso particular es el caso del delito de fuga del lugar del accidente para evitar identificación o eludir comprobaciones (artículo 408[65] del Código Penal). En todos estos supuestos hablamos de delitos de omisión propia en calidad de autoría. Aquí el sujeto obligado no responderá por el delito no evitado, sino por un delito autónomo.

También se puede aplicar la omisión impropia a supuestos concretos de complicidad delictiva siempre y cuando el sujeto partícipe ostente la calidad de garantía[66]. Los preceptos de la participación criminal (artículos 24 y siguientes) son los que tienen que dar solución a la participación omisiva,

(61) Cuando me refiero a delitos "independiente" me estoy refiriendo a delitos cuyos bienes jurídicos son "distintos" a aquellos bienes jurídicos donde se pretende construir la omisión impropia.

(62) Dicho artículo prescribe: "El que **omite comunicar** a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo **por su profesión o empleo**, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley penal privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años".

(63) Dicho artículo prescribe: "El que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero **o se abstiene de dar aviso a la autoridad**, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con veinte a ciento veinte días-multa".

(64) Dicho artículo prescribe: "El fiscal que **omite ejercitar** la acción penal será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años".

(65) Dicho artículo prescribe: "El que, después de un accidente automavilístico o de otro similar en el que ha tenido parte y del que han resultado lesiones o muerte, se aleja del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias o se aleja por razones atendibles, pero **omite dar cuenta inmediata a la autoridad**, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con noventa a ciento veinte días-multa".

(66) Así, LÓPEZ PEREGRÍN, M. Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia, 1997, p. 352 "(…) ha que decir que la posición de garante es la pieza fundamental para determinar responsabilidad en comisión por omisión tanto para el autor como del cómplice. Si es, por tanto, la posición de garante la que determina la frontera entre lo punible y lo impune, la acción omitida será la que delimitará, dentro de los sujetos responsables, quiénes lo serán como autores y quiénes como cómplices. **Cómplice será el garante** que omite una acción que hubiera obstaculizado la comisión del delito del autor". CASTILLO ALVA, José Luis. "¿El presidente cómplice o el presidente imprudente? Bases para una responsabilidad penal del ex presidente Alberto Fujimori". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 93, (agosto), 2001, p. 32 sostiene que "Lo fundamental en el delito de omisión, y también en la complicidad omisiva, es la existencia de un **deber jurídico** que obliga a efectuar un determinado comportamiento con el objeto de neutralizar un riesgo o para impedir que este surja".
Por otro lado, en la jurisprudencia colombiana, debe citarse la Sentencia expedida en el Proceso Nº 12742, de fecha 4 de abril de 2003 de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal,

de la misma manera que la tienen que dar en la participación activa(67). Así sucede cuando el deber que voluntariamente asume el sujeto no se refiera al riesgo que de modo directo e inmediato se realiza en el resultado, sino a otros que contribuyan a que este se realice.

La colaboración que presta un tercero mediante un comportamiento pasivo en la doctrina se encuentra dividido. En primer lugar, están quienes sostienen que el sujeto-garante es siempre autor; en segundo lugar, están quienes sostienen que el sujeto-garante es un partícipe; y en tercer lugar, quienes sostienen que en algunos casos son autores (deber de proteger los bienes jurídicos) y en otros son partícipes (deber de vigilar una fuente de peligro).

Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, "Para afirmar la tipicidad de un comportamiento a título de complicidad por omisión, son necesarias dos exigencias:

- En primer lugar, concretamente frente a la omisión impropia, impura, o comisión por omisión, –aunque también se podría admitir en materia de delitos activos–, el autor y/o el cómplice deben tener la obligación legal de impedir el resultado, es decir, tienen que ostentar una posición de garante o de garantía. Es lo que se desprende del inciso segundo del artículo 21 del Código Penal de 1980 –norma aplicable por la fecha de ocurrencia del hecho, y que no distingue entre autor y partícipe–, de acuerdo con el cual, "Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo". Y es lo que emana del inciso segundo del artículo 25 del Código Penal del 2000, en virtud del cual, quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, queda sujeto a la pena prevista en la norma correspondiente. Para esto, además, se requiere que la persona tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico, o que se le haya encomendado como garante la custodia o vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme con la Constitución o la ley.
- En segundo lugar, de la conducta omisiva de ayuda, además, se predican las características generales de la complicidad, es decir, las siguientes:
  a) Que exista un autor –o varios–.
  b) Que los concurrentes –autor y cómplice– se identifiquen en cuanto al delito o delitos que quieren cometer. Uno o unos de ellos, como autor o autores; y otro u otros, como ayudantes, como colaboradores, con prestación de apoyo que debe tener trascendencia en el resultado final.
  c) Que los dos intervinientes –autor y cómplice– se pongan de acuerdo en aquello que cada uno de ellos va a realizar, convenio que puede ser anterior a la comisión del hecho o concomitante a la iniciación y continuación del mismo, y tácito o expreso. Que exista dolo en las dos personas, es decir, tanto en el autor como en el cómplice.
  d) Como consecuencia de lo anterior, es claro que si no se cumple uno de los dos requisitos anteriores, o ninguno de ellos, la conducta imputada es atípica.

(67) De la misma manera: MEINI MÉNDEZ, Iván. "Comentarios al artículo 13 del CP". En: *Código Penal Comentado*". Tomo I, Lima, 2004, p. 457.

## V. La autoría y la participación criminal según el Tribunal Constitucional

Hace ya buen tiempo que el Tribunal Constitucional viene dictando sendas resoluciones en materia penal-constitucional, bajo el entendido que como Supremo Intérprete de la Constitución debe suministrar líneas claras en cuanto al sentido y alcance de ciertas normas, principios o institutos dogmáticos. Esta labor no está exenta de críticas, por cuanto si bien nadie duda que toda labor jurisdiccional está vinculada y sujeta a la Constitución, todos los conceptos y definiciones que establece el Tribunal Constitucional, en ramas tan especializadas como el Derecho Penal o procesal penal no deben ser temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional aceptados incondicionalmente. De lo contrario, habría que convencernos de que los miembros del Tribunal Constitucional son seres omnipotentes, una suerte de dioses a los que cualquier especialista del Derecho debe recurrir para tener certeza acerca de si los conceptos con los que trabaja diariamente son legítimos o válidos, puesto que, según el Tribunal Constitucional, las categorías, por ejemplo, del Derecho Penal, solo tienen legitimidad en tanto sean conceptos seguidos de la palabra constitucional.

Respecto al tema en cuestión, analizaremos la Sentencia Exp. Nº 1805-2005-HC/TC, caso Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005. Si bien en esta resolución se abordan temas referidos a los plazos de prescripción, a la detención domiciliaria, al conflicto de leyes en el tiempo y a las formas de intervención delictiva, nos circunscribiremos a estudiar solo este último tópico. En este punto se verá que el Tribunal Constitucional toma partido por una determinada posición doctrinal acerca de la intervención delictiva, definiendo quién es autor y quién es partícipe. Con este fin, se afilia a la teoría del dominio del hecho, según la cual, por un lado, es autor quien ostenta dominio sobre el resultado del hecho, y, por otro, es partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho.

Asimismo, el Tribunal Constitucional se pronuncia acerca del fundamento de la responsabilidad penal del partícipe, afirmando que este responde por brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. Con esto el Tribunal Constitucional no hace más que recoger una posición doctrinal de larga tradición, que incluso es doctrina ampliamente mayoritaria tanto en nuestro país como en los países de nuestra órbita cultural, y que, además, ha servido de fundamento para todos los pronunciamientos judiciales de los últimos años.

Dicho ello, es menester resaltar la posición del Tribunal Constitucional respecto a la intervención delictiva y al fundamento de la participación. No obstante, resulta interesante apreciar la forma en que el Tribunal Constitucional justifica su incursión en el análisis de conceptos estrictamente jurídico-penales. Así en el fundamento 32 de la sentencia en análisis, señala:

> "No obstante, es menester precisar que si bien la calificación del tipo penal es atribución de juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un *iter* procesal diseñado por la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú, razón por la cual el Tribunal Constitucional estima conveniente revisar el marco técnico-jurídico de las formas de la intervención delictiva".

Es claro que el Tribunal Constitucional se decanta por la teoría del dominio del hecho, al sostener que autor es quien tiene dominio sobre el resultado típico y que el partícipe no posee tal dominio, por lo que es solo un colaborador del autor. Agrega además que el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse. En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación.

Sobre este punto es importante recordar que el inicio de la ejecución del ilícito constituye el listón que debe superar el hecho para adquirir relevancia jurídico-penal. De modo tal que no se puede afirmar simplemente que la intervención del partícipe solo se produce si el autor llega al grado de tentativa, pues esta constituye el límite que marca la relevancia penal del hecho, para todos los que intervienen en él, se denomine autor o partícipe.

Además, según el Tribunal Constitucional, autor es quien domina el hecho, por lo que es claro que "el partícipe no tiene dominio del hecho". Esta idea, tan asentada en la doctrina y jurisprudencia nacional no es exacta. Todos dominan el hecho de alguna manera, y todos responden por la infracción colectiva del deber, sucediendo simplemente que, como es de esperar, algunos tienen un mayor dominio del riesgo típico que otros, lo cual solo cobrará relevancia al momento de la determinación judicial de la pena, pero no marca diferencia alguna a nivel de tipicidad, conforme cree la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia nacional y el propio Tribunal Constitucional.

En el fundamento 35 de la resolución bajo comentario, continúa el TC desarrollando su concepto acerca de autor, afirmando que "es autor quien tiene

el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención". Y, respecto a la participación, expresa que "es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyuvar en su ejecución".

Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional tiene la idea clara de que el partícipe solo se limita a coadyuvar en la ejecución del hecho, de un hecho principal que, según la teoría de la accesoriedad, solo pertenece al autor, pues este tiene dominio sobre el resultado típico. El injusto es extensible al partícipe solo por las reglas de extensión del tipo penal contenidas en las normas de la parte general del Código Penal.

Además, a este hecho típico, el partícipe solo accedería por medio del autor y, precisamente, el aportar al hecho de otro sería el fundamento de su punición. Esta explicación la hemos criticado anteriormente, por ser incompatible con el principio de autorresponsabilidad, según el cual una persona responde penalmente por haber colaborado en el hecho de otro. El hecho, en tanto unidad desestabilizadora de la norma, les pertenece a todos los que resulten competentes, por haber brindado una razón para ello, un aporte que los vincula normativamente. Este es el fundamento de la responsabilidad penal, pero no solo del llamado "partícipe", sino de todo aquel que, de acuerdo a los criterios cualitativos de la imputación objetiva, resulte competente por el injusto.

Finalmente, debe descartarse la idea naturalista de que el hecho solo pertenece al autor porque este lo ejecuta, lo lleva a cabo, lo domina en su momento más importante (la realización), pues no se trata de imputar responsabilidad en su máxima expresión (autor) basado en quién derrama más sangre o más gotas de sudor, sino en quién brinda el aporte más importante de cara al hecho típico, el cual, por cierto, se determina normativamente. Por ello, a estas alturas, esperamos haya quedado claro, primero, que es necesaria la búsqueda de una nueva teoría de la intervención delictiva y, segundo, que la teoría del injusto único de participación, con límites cualitativos en la teoría de la imputación objetiva, y, cuantitativos, en el inicio de la ejecución del hecho (estadio punible), resulta una alternativa que obligatoriamente debe considerarse en la discusión actual.

# VI. La autoría mediata

## 1. Consideraciones generales

Señala Binding que probablemente uno de los primeros casos de lo que hoy se conoce con el nombre de autoría mediata se debió dar en la antigua Roma, cuando el señor utilizaba a su esclavo para la comisión del delito, el cual tenía un deber de obediencia. Por tanto, era el señor y no el esclavo el que respondía. Sin embargo, el concepto de "autoría mediata" tal como se le conoce actualmente aparece por primera vez con la obra de Stübel, *Ubre die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen* ("Sobre la participación de varias personas en un delito") publicada en 1828(68).

La autoría mediata se desarrolló como consecuencia de la accesoriedad extrema, que exigía en el autor inmediato también el requisito de la culpabilidad; por lo tanto, los que inducían a autores inculpables resultaban impunes. Sin embargo, introducida la accesoriedad limitada, se mantuvo, porque ha quedado demostrado que esencialmente se trataba de casos de autoría(69). La evolución ulterior de la autoría mediata sirvió para colmar las lagunas existentes entre la autoría inmediata y la inducción, como un "fenómeno tapa agujeros".

Las formas de autoría responden a la idea del dominio de la ejecución del tipo, con independencia de si el autor ejecuta o no por sí mismo el propio delito. Lo esencial de la autoría radicaría, pues, más que en ejecutar el hecho, en dominar su ejecución. Desde una concepción material del injusto, resulta evidente que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico a título de autor no se puede limitar a la ejecución físico-corporal del tipo. El bien jurídico también puede ser lesionado cuando el hombre de atrás realiza el hecho a través de otro. Las formas de autoría y sus límites vendrían dados, entonces, por la forma de dominar el curso del acontecimiento típico(70). ¿Por qué fracasa la autoría directa cuando un sujeto utiliza un intermediario para cometer el delito?

La primera respuesta sería porque aquel "instrumento" o "intermediario", en cuanto a su comportamiento meramente causal, no tiene ninguna connotación en el ámbito jurídico-penal. Empero, esto nos demuestra una vez más que los aportes meramente causales-materiales no son suficiente para catalogar a una conducta como punible, si es que antes no se le somete a una consideración de carácter jurídico-normativa. En ese sentido, el instrumento para que

(68) RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal español. Parte general*. Madrid, 1985, p. 800.
(69) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires, 1999, p. 505.
(70) HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho Penal*. Granada, 1996, p. 4.

pueda quedar por fuera del ámbito punitivo debe obrar de acuerdo a determinadas causas de anulación o cancelación la punibilidad: ¿por atipicidad?, ¿por justificación?, ¿por inculpabilidad?, ¿o simplemente porque no es punible?

Autor mediato –siguiendo al profesor Quintero Olivares– es "quien realiza el correspondiente tipo legal utilizando como instrumento a otra persona que actúa inconscientemente de la trascendencia penal de lo que hace"(71). El hombre de atrás, pese a no ejecutar el comportamiento típico, mantiene el dominio del hecho a través de otra persona cuya voluntad, por distintas causas, se encuentra sometida a sus propósitos(72). Lo relevante está dado por la voluntad del hombre de atrás, que aprovecha su información, la mayor inteligencia, la fuerza o el estatus diferente(73). La expresión "autoría mediata" indica autoría mediante determinación de otro, pero no a un "autor mediante otro autor", porque frecuentemente el interpuesto no es autor(74). En la autoría mediata se invierten los papeles que por regla general corresponden a la realización material del delito, en donde el sujeto de delante es el autor y el de atrás el partícipe.

Aun cuando la autoría mediata encuentra consenso en la doctrina penal, Gimbernat Ordeig dice que en la dogmática penal hay tres cuestiones: imputación objetiva, comisión por omisión y dominio del hecho, que no llegan a unos resultados concretos y seguros(75); por eso quizá en algunos Códigos Penales actualmente vigentes en Latinoamérica como son los casos de Venezuela, Uruguay, Panamá, Ecuador, Guatemala, Argentina(76), Honduras o Chile, la autoría mediata no se encuentra expresamente regulada en la parte general. Pero hay otro grupo de legislaciones penales que sí la contemplan como el Código Penal alemán (artículo 25), de Colombia (artículo 29), del Distrito Federal de México (artículo 22), de España (artículo 28), de Paraguay (artículo 29, inciso 1), de Perú (artículo 23), entre otros.

Entre las legislaciones que contemplan la autoría mediata, se pueden distinguir dos modelos de regulación. Aquellas que muestran una interpretación

(71) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte general.* Barcelona, 1992, p. 549.
(72) LASCANO, Carlos Julio. "Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales". En: *Nuevas formulaciones en las ciencias penales.* Libro homenaje a Claus Roxin, Córdoba, 2001, p. 350.
(73) DONNA, Edgardo Alberto. "El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin". En: *Nuevas formulaciones en las ciencias penales.* Libro Homenaje a Claus Roxin, Córdoba, 2001, p. 299.
(74) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Lima, 1994, p. 574.
(75) Conversaciones con GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-c2.html>.
(76) Empero, en el Código Penal de Argentina algunos opinan que la autoría mediata se encuentra expresamente regulado en el artículo 45, última parte, que se refiere al que determinase a otro a cometer un delito (Así, ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires, 2000, p. 748).

amplia en la instrumentalización, como el artículo 25 del Código Penal alemán que "castiga como autor a quien comete el hecho punible por sí mismo o a través de otro"; el Código Penal de Paraguay, cuyo artículo 29,1 señala: "Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí o valiéndose para ello de otro"; el Código Penal de Bolivia (artículo 20), que indica: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, por medio de otro o los que dolosamente prestan a una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría cometerse el hecho antijurídico doloso"; o el artículo 23 del Código Penal peruano que expresa: "El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible (…)".

Y un segundo grupo de legislaciones penales que establecen expresamente el término "instrumento", lo cual en definitiva hace más restringida la conceptualización de la autoría mediata. Así, el Código Penal de Colombia (artículo 29) indica: "Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento"; el Código Penal para el Distrito Federal de México, artículo 22, inciso 3, dispone: "Los que llevan a cabo sirviéndose de otro como instrumento"; el Código Penal de España, artículo 28, expresa: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento".

Un tema aparte resulta el artículo 25, numeral 3, del Estatuto de Roma(77), donde se establecen reglas sobre la autoría y participación para el Derecho Penal Internacional. Así, se reconocen la autoría individual, la coautoría y la autoría mediata y como formas de participación se prevén la instigación, la complicidad y el encubrimiento. En tal sentido, existe una concepción amplia de autoría en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues no solo se limita a los supuestos en los que el instrumento actúa atípicamente, de modo justificado o sin culpabilidad, sino también casos en los que el ejecutor es penalmente responsable(78). Es decir, según el citado Estatuto, es autor mediato "quien en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo".

Por otro lado, el Anteproyecto de Ley del Código Penal peruano, parte general (2004) consideró pertinente no introducir ninguna modificación en el

(77) La creación de la Corte Penal Internacional (CPI), cuyo estatuto fue aprobado en Roma en 1998, constituye un gran avance en la historia del Derecho Internacional en general y del Derecho Penal Internacional en especial. Es por ello que, la CPI será una Corte Penal permanente con jurisdicción mundial encargada de procesar a individuos acusados de la comisión de los más graves crímenes contra la humanidad.

(78) CARO CORIA, Carlos. "La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional". En: *Ius et Veritas*. Nº 23, p. 260.

artículo 23 del texto legal, con lo cual la autoría mediata sigue con la misma redacción. Así, el hecho de que señale expresamente: "El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible (…)", no supone que la instrumentalización se lleve a cabo directamente o que exista una relación inmediata y de conocimiento recíproco entre el ejecutor y el hombre de atrás. En principio, no existe autoría mediata cuando el instrumento obra libremente y conociendo la situación, esto es, lo que se conoce como instrumento doloso(79). Si el instrumento no se encuentra en los supuestos de falta de libertad o falta de conocimiento, recaerá en él directamente la condición de autor del hecho delictivo que está realizando. Toda la responsabilidad penal se estructurará con base en su conocimiento, y el llamado hombre de atrás no será más que un inductor, esto es, un partícipe en el hecho ajeno. Adviértase que en este supuesto el que efectivamente posee el dominio del hecho es el instrumento doloso y no el hombre de atrás.

Los ejemplos que generalmente se consignan en la doctrina para la autoría mediata son los siguientes:

a) Comete delito de homicidio, en autoría mediata, quien envía una bomba envuelta como regalo por medio de un mensajero (llamado instrumento) que ignora el contenido de dicho regalo.

b) A quiere introducir droga en España. Para tal efecto, disimula un paquete que contiene quinientos gramos de cocaína en la maleta de su amigo B. Este desconoce por completo dicha circunstancia y, por lo tanto, no actúa dolosamente. B se encuentra en una situación de error de tipo invencible y, en consecuencia, su comportamiento es atípico. La responsabilidad penal debería recaer directamente sobre A, quien ha utilizado a su amigo como instrumento para cometer el delito"(80).

(79) Véase, en este sentido: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / ARROYO ZAPATERO / FERRE OLIVÉ / SERRANO PIEDECASAS / GARCÍA RIVAS, 1996, p. 249. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Volumen segundo, 1981, p. 920 sostiene que: "La posibilidad de autoría mediata termina, en primer lugar, allí donde el instrumento es en sí mismo un autor plenamente responsable, pues la ley penal parte de que el que actúa inmediatamente en este caso ha de responder del hecho en su propia persona como autor, de suerte que la intervención de un hombre de atrás solo puede contemplarse en forma de "participación en el dominio del hecho" (coautoría) o como inducción. SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo II, Buenos Aires, 1963, p. 250. VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, p. 480 dice que "(...) a nuestro criterio la figura de la autoría mediata, no puede utilizarse sin límites, pues cuando el intermediario actúa dolosa y plenamente responsable, el dominio del hecho le pertenece y se excluye la posibilidad de una autoría mediata".

(80) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRE OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, 1996, p. 248.

La calificación de autor mediato no la tiene quien ejecuta corporalmente el tipo penal, sino el que se vale de este para perpetrar el ilícito, logrando configurarlo a su antojo. La autoría mediata se da solo cuando el sujeto de atrás se inmiscuye en la formación de voluntad del ejecutor-material, ejerciendo sobre ella un influjo dominante. La autoría mediata es una construcción sobre todo normativa, aunque posee también una base ontológica(81). La norma penal solo requiere la existencia de dos partes, pero deja abierta la posibilidad de que el dominio del suceso a través del ejecutor material pueda realizarse empleando diversos mecanismos. Uno de ellos –como veremos más adelante– puede ser el dominio de la organización(82).

La propia estructura de esta autoría presupone necesariamente la intervención de dos personas como mínimo. Por un lado, el hombre de atrás quien tiene el dominio del hecho, o mejor dicho, el dominio de la voluntad; y el por otro lado, el hombre de adelante llamado instrumento, quien realiza la conducta descrita en el tipo penal. Empero, habrá que mencionar que puede darse el caso en el que intervengan tres sujetos en la realización del hecho en autoría mediata (autor, instrumento y víctima), siendo también frecuente que el instrumento sea la propia víctima del delito(83), como por ejemplo en los casos de error.

La autoría mediata tiene una sustantividad propia en nuestro ordenamiento jurídico-penal al igual que la coautoría y la autoría directa. El autor mediato no realiza directa ni personalmente el delito, sino que lo realiza utilizando a otro como instrumento; de ahí el nombre de autor "mediato", ya que entre él (el "hombre de atrás") y la ejecución que pretende existe un intermediario (el "hombre de adelante") del que el primero se vale para tal fin. El hombre de atrás es el único que toma una decisión autónoma en relación con el peligro, por ello, se le va a considerar plenamente responsable.

El hecho le pertenece porque es el único que interviene en el proceso lesivo con conciencia del peligro (conocimiento real del peligro). La noción de autor mediato no altera para nada la concepción de autor, ya que el autor mediato responde del hecho, como si directa y personalmente lo hubiera ejecutado. En realidad, la autoría mediata no sería más que una **autoría directa**

(81) CASTILLO ALVA, José Luis. "¿El presidente cómplice o el presidente imprudente? Bases para una responsabilidad penal de ex presidente Alberto Fujimori". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 93, (agosto), 2001, p. 28.

(82) CASTILLO ALVA, José Luis. "Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización". En: *Sistemas Penales Iberoamericanos*. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario, Lima, 2003, p. 616.

(83) ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Director) / PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coordinador). *Derecho Penal. Parte general*. Valencia, 2004, p. 720.

**normativizada**, en la medida en que lo relevante es el dominio del hecho y no así la forma como el sujeto ejecuta tal dominio. Además, las consecuencias dogmáticas tienen un gran impacto en las consecuencias punitivas ya que son las mismas si se imputa un delito en autoría mediata o en autoría directa.

La característica principal es que el autor no ha ejecutado físico-corporalmente el hecho punible y que otro no pueda oponer resistencia a su voluntad dominante que, por lo tanto, es designado como "herramienta" en manos de aquel(84). El ejecutor inmediato no está en condiciones de disputarle el título de autor porque, aunque efectivamente sea quien conduzca fácticamente el curso lesivo y, en este sentido, determine objetivamente el hecho, no tiene dominio sobre el riesgo. El dominio sobre el riesgo lo tiene la persona de atrás, al poner en marcha un proceso lesivo sobre el que no va a decidir de forma autónoma nadie más.

La instrumentalización del hombre de adelante, fundada en distintos motivos, convierte al hombre de atrás en la figura central y clave del suceso de actuación típica(85). Para que se realice la autoría mediata debe darse: a) una relación de instrumentación que implique una subordinación del sujeto de adelante al sujeto de atrás, originado normalmente por una carencia o déficit existente en la conformación del hecho propio; b) el sujeto de atrás debe crear o aprovecharse de la situación de necesidad o de miedo insuperable que sufre el instrumento y dominar o determinar el hecho; y c) el sujeto de adelante debe realizar la acción más idónea y más apta para la producción del resultado típico.

En otras palabras, el sujeto de atrás domina el hecho de manera "mediata", pero a la vez directa, ya que maneja, a través de la relación de instrumentalización del sujeto de adelante, la creación de la acción arriesgada o del riesgo que tiene como cualidad intrínseca la producción irremediable del resultado con sus circunstancias concretas e irrepetibles. Una manipulación de esta clase normalmente se consigue generando en el autor inmediato un déficit de conocimiento o de libertad, ya sea provocándole una situación de necesidad coactiva, ya sea manipulando una decisión delictiva ajena en contra de un tercero; o bien, provocando un estado de inimputabilidad o un error de prohibición en el hombre de adelante. Pero, en ocasiones, el dominio del riesgo se obtiene sin necesidad de provocar en el autor inmediato un defecto de conocimiento

(84) ROXIN, Claus. "Autoría y participación en el Derecho Penal". Traducción de Enrique Bacigalupo. En: *Derecho Penal. Parte general*. (Materiales de Enseñanza), Lima, 1995, p. 483.

(85) PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*. Granada, 1997, p. 194.

o de libertad. En concreto, me estoy refiriendo a organizaciones que operan al margen de la ley, en las que el hombre de atrás dispone de capacidad para dictar órdenes, pudiendo contar con que ellas serán cumplidas por los inferiores jerárquicos (sobre este punto volveremos más adelante).

A mi entender, el elemento material constitutivo de la autoría mediata seguirá siendo el dominio del hecho del "hombre de atrás". La autoría mediata solo adquiere una fundamentación adecuada a través de la teoría del dominio del hecho. La **formal-objetiva** no alcanza tal fundamentación, pues su punto de partida es demasiado estrecho. Por su parte, la *teoría subjetiva* tampoco sirve como un adecuado fundamento, pues, al contrario de la formal-objetiva, extiende demasiado el concepto de autor(86). La autoría mediata encuentra singulares contradictores en quienes todavía se aferran a la teoría formal-objetiva de la autoría, que es la que, en realidad, genera todos los problemas para admitir la autoría indirecta(87) .

En verdad, si se supera este obstáculo admitiendo, por ejemplo, una teoría material-objetiva (como la teoría del dominio del hecho) o, inclusive, una teoría puramente subjetiva, la distinción entre autoría inmediata y mediata solo se justifica desde un punto de vista pedagógico, es decir, para la academia, ya que lo fundamental será que el sujeto tenga el dominio del hecho (en los delitos de dominio), la infracción del deber o el *animus auctoris*, según el punto de vista adoptado, no importando las forma como se ejercita.

Visto desde la perspectiva dogmática, la teoría del dominio del hecho descansa sobre el entendimiento de la autoría como una realización del tipo en sentido material(88). No es lo mismo que el sujeto ponga sus manos en el hecho (acción) que se sirva de otra persona, dominada por él (en su voluntad), para una realización del tipo, por eso el legislador distingue entre un dominio de la acción y un dominio de la voluntad. Si el "hombre de atrás" actúa con dominio del hecho, entonces, existirá una autoría mediata y solo ante la ausencia del abuso que la caracteriza, procederá calificar a su responsabilidad según las reglas de la participación. Desde una postura funcionalista, el autor mediato no se encuentra directamente vinculado a la conducta del instrumento, sino que debe responder de esta porque ha organizado la condición de instrumento.

(86) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Lima, 2006, p. 471.
(87) Así, en este sentido: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autoría y cómplice en Derecho Penal*. Madrid, p. 221; dice que el: "Autor del delito es aquel cuya actividad es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial".
(88) Véase, en este sentido: ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*. Ob. cit., p. 359.

Pero no es decisivo el dominio, sino la competencia[89]. Jakobs dice que la autoría mediata "no es otra cosa que una autoría directa disfrazada: el sujeto que actúa interviene en un círculo de organización ajeno, lo único que sucede es que aquello que desde la perspectiva del genotipo es mera naturaleza, se presenta desde el punto de vista fonotípico como conducta de una persona, esto es, como comportamiento del así llamado instrumento"[90].

En general, en la autoría mediata se produce una responsabilidad por transferencia en el sentido de que en el hombre de atrás tiene el dominio del hecho o de la voluntad respecto del sujeto de adelante. En suma, la autoría mediata es una **transferencia de la disponibilidad fáctica de la fuente de peligro del autor mediato hacia el instrumento humano**. Sin embargo, esta transferencia no se produce en términos de complementariedad –porque en tal caso sería una coautoría–, sino en términos supletoriedad, pues el hombre de adelante no responde penalmente en lo absoluto por los actos lesivos a los bienes jurídicos. En el hombre de adelante existe, pues, una insuficiencia en la disponibilidad fáctica para fundamentar un ámbito de competencia.

Un concepto cercano a la autoría mediata es la de "autoría intelectual". Este último concepto es una construcción que más bien le pertenece al "argot" que a las elaboraciones jurídico-dogmáticas, en la medida de que los tratados de la parte general del Derecho Penal no la ubican usualmente como una clasificación de la autoría delictiva. Con la autoría intelectual generalmente se quiere catalogar a quien solo diseña y planifica la comisión de un delito, sin ejecutar materialmente el mismo. Mejor dicho, la intelectualidad está en función a la "mente" delictiva –que muchas veces está lejos del evento criminal– y no a las "manos" delictivas –que sí están cerca del evento delictivo–. Con todo esto, la "autoría intelectual" está más ligada a la autoría mediata que a la autoría directa, ya que el privilegio del intelecto es estar en lejanía "mediata" del curso causal lesivo.

La responsabilidad del ejecutor-material no excluye necesariamente la autoría mediata, como en los casos de delitos de aparatos organizados de poder, sobre todo en la posición de Roxin. La teoría formal-objetiva no podía resolver los casos de intermediación, ya que el autor no intervenía en la ejecución personal de los verbos típicos, entonces, se recurrió a la teoría de la "preponderancia", que procura reemplazar la falta de acción personal por una interpretación

(89) JAKOBS, Günther. "El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos". Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: JAKOBS / CANCIO MELIÁ. *El sistema funcionalista del Derecho Penal*, Lima, 2000, p. 187.

(90) Ibídem, p. 184.

amplia del concepto de autor para los casos de autoría mediata(91). En principio, habría que decir que la interposición de una decisión autónoma en el proceso iniciado por otra persona, interrumpe la posibilidad de imputar o hacer responsable como autor al primer agente.

El autor mediato debe encontrarse plenamente calificado para cometer el delito. En consecuencia, deben concurrir en él tanto los presupuestos objetivos y subjetivos del dominio. En todos los casos de autoría mediata no debe existir una vinculación de conocimiento, ni la asunción de los elementos típicos entre el autor mediato y el instrumento. Desde un aspecto subjetivo, también el hombre de atrás debe tener la voluntad que caracteriza al dominio del hecho. Como este elemento pertenece al dolo, el desconocimiento del dominio lleva al error y, en consecuencia, a la exclusión del dolo, quedando solo el remanente de la culpa(92). También el elemento subjetivo en la autoría mediata tiene que ver con el tema del **exceso**, es decir, cuando el intermediario comete un hecho distinto o hace más de aquello que lo que el autor mediato quiso. En la medida que el exceso difiera de la dirección final del "hombre de atrás", este carecerá del dominio del hecho o, al menos, lo habrá perdido parcialmente.

La jurisprudencia peruana (R.N. Nº 3840-97- Ayacucho, del 9 de octubre de 1997) ha dicho que: "El autor mediato solo debe responder en la medida que el hecho principal concuerde con su intención, no resultando responsable del exceso en el que han incurrido los agentes a quienes utilizó, al no tener dominio ni control del hecho"(93).

## 2. La autoría mediata y su conexión con el principio de legalidad. ¿Es la autoría mediata una ampliación del ámbito de responsabilidad penal y, por ende, una infracción al principio de legalidad?

A la pregunta ¿se necesita que esté regulada expresamente en la parte general el instituto de la autoría mediata para que se pueda aplicar judicialmente?, mi respuesta es no, ya que en la parte general de los códigos penales solo tiene que estar contenido un **estándar mínimo** de las instituciones jurídico-dogmáticas, es decir, no debe regularse "todo" de manera casuística para cumplirse con el principio de legalidad o, más propiamente dicho, con el principio de taxatividad. Como es sabido, el principio de legalidad en la parte general cumple una función virtual y en la parte especial una

(91) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires, 1999, p. 506.
(92) DONNA, Edgardo Alberto. *Autoría y participación criminal*. Santa Fe, 2002, p. 47.
(93) Extraída de CARO CORIA, Dino Carlos. *Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal*. Lima, 2002, p. 172.

función real. De tal forma que, por ejemplo, debe regularse en la parte general, si fuera el caso, la fórmula siguiente: "será considerado autor aquel que comete el hecho punible"; con esta definición genérica se estaría dando cabida a todas formas existentes de la autoría delictiva que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado con el paso del tiempo, y entre ellas, obviamente, a la autoría mediata.

Que sea la dogmática científica la que defina el contenido y los límites de dicha institución y no el legislador penal, quien muchas veces está imbuido de consideraciones político-criminales. Sin embargo, cabe una pregunta relevante: ¿La dogmática jurídico-penal puede ir más allá de las regulaciones legales? O mejor dicho: ¿La voluntad del intérprete puede abarcar o llenar supuestos no contemplados en su momento por la voluntad del legislador? Nuevamente me remito a la referencia anterior. La dogmática sí puede llenar supuestos no previstos en la parte general, por eso, en las legislaciones penales que ya contemplan expresamente a la autoría mediata, como el caso peruano, nada impide que la dogmática cumpla una función de delimitación, aunque esta tenga como objetivo "ampliar" la punibilidad. Este mismo fenómeno ocurre con la tentativa, con la complicidad, la inducción, la omisión impropia, todos ellos contemplados en la ley, pero que, aun cuando no lo estuviesen, igual tendrían que ser aplicados judicialmente.

Hay quienes piensan que la autoría mediata o la coautoría resultan ser una ampliación de la responsabilidad penal. En esta lógica, solo la autoría directa o inmediata sería la verdadera autoría que castiga el Derecho Penal, y las demás –la autoría mediata y la coautoría– requerirían una especial justificación valorativa. En mi opinión, todas las formas de autoría delictiva deben mostrar una equivalencia valorativa que permita que se les considere idénticas en el plano normativo, lo que no es de extrañar si a todas ellas las queremos tratar como verdaderas clases de autoría. Así, por ejemplo, cuando el sujeto no realiza activamente el hecho, sino por omisión (omisión impropia), el Derecho Penal lo cataloga como una conducta delictiva con los mismos efectos penológicos –aunque en algunas legislaciones atenuados– que si hubiera obrado activamente; en tal sentido, para el Derecho Penal existe una identidad normativa entre la omisión impropia y la comisión activa; igual pasa con la autoría mediata respecto de la autoría directa.

## 3. Entre la autoría mediata y las otras formas de autoría y participación

La frontera normativa entre "actuar **a través** de otro" (autoría mediata) y "actuar **con** otro" (coautoría) es también posible, ya que puede hablarse de una

coautoría mediata, por ejemplo, cuando dos o más sujetos acuerdan previamente instrumentalizar a un sujeto para cometer un delito (A, B y C acuerdan instrumentalizar a un sujeto para cometer el delito y montan una farsa). Asimismo, el superior dominio de la decisión es fácticamente divisible, varias personas pueden emplear para sí un instrumento, uniendo sus fuerzas. También se puede emplear en un hecho a varios instrumentos, como coautores. Ejemplo: Un padre fuerza a sus hijos a destruir una cosa ajena conjuntamente. Varios instrumentos pueden ser también autores simultáneos (forzados), por ejemplo, un padre obliga a sus hijos a cruzar la frontera cada uno con un fajo de divisas de contrabando; la suma total sobrepasa el límite permitido por la familia(94).

Por otro lado, la diferencia estructural entre la autoría mediata y la participación estaría determinada por la responsabilidad o no del ejecutor material: si es responsable habrá participación, de no ser así habrá autoría mediata(95). Concretamente, las diferencias entre la autoría mediata y la inducción para cometer el delito son cada vez más débiles, ya que en la práctica pueden operar hipótesis de convertibilidad del intermediario en un sujeto inducido, cuando durante el proceso de ejecución criminal internaliza y toma conciencia de lo que está haciendo, de modo que el inductor asume como propio el hecho, es decir, recupera el dominio del curso causal lesivo o peligroso(96). En oposición

(94) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, p. 765.

(95) Y ya sabemos que las diferencias entre un autor y partícipe son abismales en cuanto al tratamiento jurídico-sustantivo y hasta procesal, por los principios de accesoriedad y proporcionalidad que imperan en este sector.

(96) Véase, en este mismo sentido: ROJAS VARGAS, Fidel. "Los menores que delinquen inducidos: ¿Parricidio y homicidio simple a título de autoría mediata o determinación?". En: *Estudios de Derecho Penal*. Lima, 2004, pp. 173 y 174. Este autor señala las siguientes semejanzas entre autor mediato e inducción:

a) Ambas sin títulos de imputación personal que han ido conquistados a través de la evolución y desarrollo de las ideas jurídico-penales, espacios conceptuales y normativos propios. Ambas corresponden a la otrora difundida pero hoy olvidada tesis de la autoría intelectual.
b) Tanto en la autoría mediata como en la inducción hay un "hombre de atrás" y un ejecutor material ("instrumento" para el caso de la autoría mediata y autor directo para la determinación), y obviamente una víctima.
c) El "hombre de atrás" en la inducción como en la autoría mediata comete delito por intermedio de otra persona.
d) En ambos títulos de imputación personal hay un dominio de la voluntad.
e) En ambos títulos de imputación no hay responsabilidad penal por el exceso en que incurran el instrumento y el autor directo.
f) La determinación o inducción, que propiamente es una modalidad de participación, al igual que la complicidad, está equiparada punitivamente al nivel de la autoría.

Este mismo autor señala las diferencias entre autor mediato e inducción:

a) La autoría mediata, como su nombre lo indica es propiamente una modalidad de autoría, la inducción es una forma de participación en el delito equiparada a la autoría. En consecuencia, en la autoría mediata, autor es el hombre de atrás, y en la determinación autor es el inducido.
b) En la autoría mediata el autor indirecto se vale de instrumento para realizar materialmente el delito.

al inductor, cuyo rol se agota luego de la provocación del deseo maligno y se somete a la voluntad del autor principal, el autor mediato mantiene, desde un comienzo y hasta el final, el control del desarrollo de los acontecimientos(97).

Por su parte, Mir Puig dice que lo "característico de la autoría mediata, que distingue a esta de la inducción o de la cooperación necesaria, es que en ella se invierte la relación existente entre la persona que realiza los últimos actos necesarios para la presencia del delito (la persona de adelante) y la que induce o coopera con ella (la persona de atrás). Si normalmente la persona de delante es la figura central del hecho y por ello es autora, mientras que la persona de detrás es solo inductora o cooperadora, hay autoría mediata cuando la persona de delante es utilizada como instrumento por la persona de atrás, que por ello es la autora"(98). La frontera entre la autoría mediata y la participación delictiva se habría trazado normativamente solo una vez que se produzca respecto del denominado error de tipo un proceso semejante al que llevó en las primeras décadas del siglo 20 al desarrollo de la concepción normativa de la culpabilidad con respecto al error de prohibición(99).

## 4. ¿Autoría mediata vs. principio del hecho propio?

En el Derecho Penal contemporáneo impera el **principio del hecho propio**, o simplemente principio de responsabilidad, por el cual ninguna persona puede responder por hechos o acciones ajenas. Así, por ejemplo, no es posible imputarle al presidente una decisión y acción que solo compete asumirla al Congreso. Hoy en día, la responsabilidad penal y la imposición de una sanción jurídico-penal se caracterizan por exigir una conducta efectivamente cometida y porque en ella cada persona responde de acuerdo a su acción y grado de contribución objetiva y subjetiva en la producción del delito.

---

En la determinación, el inducido o autor directo, actúa conscientemente, esto es, con conocimiento de lo que hace.

c) En la determinación el inductor ha formado la voluntad de delinquir en el inducido para ello se vale de diversidad de medios inductores. En la autoría mediata, el autor mediato tiene el pleno dominio de la voluntad del instrumento.

d) En la autoría mediata, el instrumento que obra sin dolo, no es responsable penalmente. En la determinación, tanto el inductor como el inducido responden penalmente por el delito realizado, a títulos diferentes: inductor el hombre de atrás, y autor directo el inducido.

(97) MAURACH, Reinhrt / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general*. 2. Traducción de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995, p. 332.

(98) MIR PUIG, Santiago. "Prólogo". En: BOLEA BARDÓN. Carolina. *Autoría mediata en Derecho Penal*. Valencia, 2000, p. 12.

(99) VAN WEEZEL, Alex. "Normativización de la autoría mediata. Una explicación desde la problemática del comienzo de la tentativa". En: *Los Desafíos del Derecho Penal del siglo XXI.* Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs, Lima, 2005. p. 604.

Actualmente está vedada la responsabilidad por acciones ajenas. Ella es personal e intransferible(100). Somos responsables de nuestras acciones, pero ello únicamente cuando hayamos actuado en situación de responsabilidad. El principio de responsabilidad responde históricamente a concepciones del dominio del hecho que ha de tener el autor mediato sobre el instrumento, que es un dominio fáctico, algo que no es admisible en los aparatos de poder organizados; de lo contrario, habría que concluir que el hombre de atrás, por no tener el dominio fáctico sobre el hombre de adelante, no podría ser autor mediato.

En este sentido, uno de los presupuestos necesarios para poder aplicar la sanción penal es el principio de coincidencia: en el momento de realización del hecho delictivo el autor mantiene intacta la capacidad de culpabilidad. La figura de la *actio libera in causa* agrupa aquellos supuestos que pueden considerarse problemáticos desde esa exigencia de coincidencia temporal, debido a que el comportamiento penalmente relevante no viene acompañado de esa situación de culpabilidad. El principio del hecho propio admite ciertas excepciones en el ámbito de la dogmática jurídico-penal. Así, por ejemplo, los supuestos de omisión impropia y de autoría mediata. En este último caso, por ejemplo, el principio de autorresponsabilidad lleva a negar todas las formas y variantes de la tesis del "**autor detrás del autor**"(101).

Naturalísticamente no se ejecuta el delito, pero el hecho de que haya una decisión personal sobre el manejo del curso causal, hace que el resultado lesivo se le impute penalmente a quien se encuentra **por detrás** de quien efectivamente lo cometió. Para el Derecho Penal tal hecho seguirá siendo "propio", no en función causal, sino en función normativa, porque existe un ámbito de injerencia de responsabilidad. Por tal motivo, Maurach, Gössel y Zipf correctamente sostienen que "el autor mediato no causa o colabora en un hecho ajeno, **sino que realiza por sí mismo el hecho propio**, aunque mediante la incorporación de otro ser humano como un sujeto en sí idóneo para la comisión responsable del hecho"(102).

(100) CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte general*. Lima, 2002, p. 456.

(101) Así, DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge. "*Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el dominio de la organización*", p. 101, anota que: "El coherente desarrollo del principio de responsabilidad implicaría, pues, que la autoría mediata nunca pudiese extenderse a los casos en que el ejecutor actuase con culpabilidad dolosa, quedando restringida a las situaciones en que el mismo fuese inimputable o actuase en estado de error o bajo coacción". En igual sentido: CASTILLO ALVA. "Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización". Ob. cit., p. 611.

(102) MAURACH, Reinhart/ GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general*. 2. Traducción de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995, p. 330.

Hay que reconocer que se produce una ampliación de la responsabilidad en el sentido de que se extiende la autoría a esferas de responsabilidad normalmente relegadas al ámbito de la participación (por tratarse de intervenciones anteriores a la de un sujeto plenamente responsable). Pero ello es consecuencia de la decisión de imputar el hecho a más de una persona y nada tiene que ver con hacer responder por la conducta de otro. Precisamente, para no romper con el principio de la propia responsabilidad, deben quedar claros los criterios materiales que han de servir para afirmar que el autor detrás del autor responde por su propio hecho y no por una conducta ajena. La figura del autor tras el autor supondría un quiebre del principio de la propia responsabilidad si fuese utilizada para convertir en autoría conductas básicas de participación, con remisión a criterios arbitrarios o simplemente vagos.

Por ello, la ampliación del concepto de autor que se consigue a través de la figura del autor detrás del autor debe quedar perfectamente justificada desde el punto de vista de la valoración jurídica, sin olvidar que ha de encontrar respaldo en algunas regulaciones legales. El principio de la responsabilidad parte de que el dominio del hecho característico de la autoría mediata no puede identificarse con un fenómeno fáctico-psicológico, sino que, por el contrario, se determina de acuerdo con los criterios normativos que deciden la existencia o no de responsabilidad penal.

Efectivamente, como anota Gómez Rivero: "La calificación de los casos en que se incita a un delito a quien obra en error de prohibición dependerá del carácter vencible o no del error: dado que la vencibilidad del error no excluye la responsabilidad penal, sino solo atenúa la culpabilidad, habría que concluir que el autor, en cuanto sujeto responsable, conserva un margen de libertad que desvirtúa su consideración como mero instrumento de un autor mediato. Si, por el contrario, el error de prohibición era invencible, la exclusión de la responsabilidad del autor implicará igualmente la de su condición de inducido para convertirse en mero instrumento de la voluntad del hombre de atrás"(103).

Si se aplicara estrictamente el principio por la responsabilidad por el hecho propio tampoco los delitos de omisión impropia tendrían reconocimiento dogmático en la actualidad, pues el principio por la responsabilidad por el hecho propio es un postulado de la dogmática penal tradicional. En consecuencia, asistimos a una relativización de dicho principio, ya que encuentra algunas excepciones palpables en los casos de autoría mediata y de omisión impropia. En ambos casos, como se sabe, el sujeto activo no responde jurídico-penalmente

(103) GÓMEZ RIVERO, Mª del Carmen. *La inducción a cometer el delito.* Valencia, 1995, p. 223.

por la conducta desplegada en forma personal, sino que en la autoría mediata, por ejemplo, se utiliza un instrumento para la comisión delictiva, y en los delitos de omisión impropia si bien no hay una instrumentalización humana, existiría una instrumentalización "jurídica", ya que la imputación es netamente normativa.

## 5. Alcances en torno al sujeto de adelante ("intermediario")

Habíamos dicho que el aspecto central de la autoría mediata radica en la degradación de un ser humano a la categoría de un medio material no libre, para la obtención de fines delictivos, en el abuso de una persona en cuanto instrumento. Este, quien es el ejecutor material, no está en condiciones de disputarle el título de autor al hombre de atrás porque aunque esté en condiciones de dominar fácticamente el curso causal, no tiene dominio sobre el hecho. El riesgo originado por la conducta del primer agente no depende para la realización de la decisión autónoma del ejecutor. La interposición autónoma en el proceso lesivo iniciado por otra persona, en principio, interrumpe la posibilidad de imputar como responsable como autor al primer causante(104).

El instrumento carece de dominio del suceso. El instrumento no obra en absoluto, sino que interviene en el supuesto de hecho en forma exclusivamente corporal o como un objeto natural. En estos casos, solamente puede ser autor el que, de esta forma, se ha servido del otro(105). Este intermediario, en razón a una serie de circunstancias particulares, se encuentra en una situación de inferioridad respecto al autor mediato(106). El término "instrumento de su voluntad" hay que entenderlo en sentido estricto, es decir, como que la ejecución directa sea obra del "hombre de atrás" o autor mediato, de cuya voluntad es ejecutor instrumental otra persona(107). Aquí reside la diferencia fundamental entre autoría mediata e inducción.

Rojas Vargas dice que el "instrumento debe reunir condiciones de idoneidad causal para producir el resultado lesivo, así como actuar bajo una configuración subjetiva de inexistencia de dolo y hallarse subordinado en relación con la voluntad delictiva del autor mediato, para adquirir caracteres propios

(104) MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. "Autoría mediata en Derecho Penal. Formas de instrumentalización", disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Marquez1.pdf>.
(105) STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte general. I.* El hecho punible. Traducción de Gladys Nancy Romero, Buenos Aires, 1999, p. 235.
(106) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* 1, Lima, 2005, p. 865.
(107) GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*. Madrid, 1984 (reimpesión 1988), p. 141.

de instrumento. La instrumentalización del ser humano puede producirse directa o indirectamente (en este último caso, cuando, dadas las circunstancias de disposición causal de los actos ejecutivos, puede ser cualquier personal la que ejecute el delito)[108].

Generalmente el vocablo "instrumento" en el Derecho Penal tiene dos significados. En primer lugar, está referido a los medios típicos (por ejemplo: arma blanca o arma de fuego) que utiliza el sujeto activo para perfeccionar el hecho punible; el instrumento vendría a ser el medio –idóneo– para la comisión de un delito. En segundo lugar, el término "instrumento" es un elemento indispensable en la noción del autor mediato, a tal punto que sin dicho concepto resultaría imposible concebir a un autor mediato. Y con relación al concepto de instrumento hay dos posturas:

a) En primer lugar, quienes opinan que el instrumento debe obrar sin **voluntariedad humana**, como una "masa material", que es un significado cercano al de "inerte"[109].

b) En segundo lugar, están quienes opinan que el instrumento debe obrar necesariamente con **voluntariedad humana**. En efecto, Márquez Cárdenas afirma "que el empleo para cometer el delito de otra persona cuya voluntad queda completamente anulada, nos remite a la autoría individual o unipersonal. Como en el caso de que el atropellado por un vehículo da contra una vitrina y la destruye o del que rompe el jarrón ajeno como consecuencia de un acto reflejo que le provoca otra persona. En dichos casos –afirma el mencionado autor– no es necesario acudir a la autoría mediata porque la persona de adelante es perfectamente equiparable a una fuerza inanimada. **Se empieza a considerar la posibilidad de admitir autoría mediata cuando se da un mínimo de voluntad en el sujeto de delante**. Mínimo de voluntad que permite afirmar que el de atrás controla el curso causal de la misma forma que lo haría de propia mano, lo que permite atribuirle el dominio del hecho, ya sea de forma exclusiva (autoría mediata en sentido exclusivo) o de forma compartida (autor detrás del autor)"[110].

(108) ROJAS VARGAS, Fidel. "La autoría mediata: Nociones dogmáticas y desarrollos jurisprudenciales". En: *Estudios de Derecho Penal*. Lima, 2004, p. 160.

(109) Véase, el ejemplo de la fuerza física irresistible para admitir la autoría mediata propuesto por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal*. Buenos Aires, 1981, p. 500: "Este puede haber empleado la **violencia**; es decir, la fuerza física, tomando la mano de otro, en la que ha depositado un puñal, para llevarla hasta el pecho enemigo aferrada a la suya (...)".

(110) MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. "Autoría mediata en Derecho Penal. Formas de instrumentalización", disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Marquez1.pdf> (el resaltado es nuestro). En este sentido también: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte*

Según la concepción de Márquez Cárdenas, para la configuración de la autoría mediata, en el sujeto material debe haber un mínimo de conocimiento de los hechos, una cuasirresponsabilidad, lo que nos lleva a preguntarnos si es que ya no sería simplemente un instrumento sino un sujeto intermediario. Al respecto, es necesario mencionar la Ejecutoria que tiene dicho que: "contra la tradicional concepción de autoría mediata, que definía al ejecutante directo del delito **como mero instrumento desprovisto de voluntad** y, en consecuencia, no pasible de responsabilidad penal frente al resultado producido, está la posición doctrinaria que concibe esta forma de autoría sin excluir la posibilidad de sancionar penalmente al ejecutor directo del delito; ello se explica a través de la teoría del dominio, según la cual "el hombre de atrás" –en términos de Roxin– es quien controla el resultado típico, aun cuando ni siquiera se asoma a la escena del crimen; este tipo de autoría tiene lugar en el marco de estructuras organizadas, en las que el fin único de las conductas confluye hacia la realización del resultado típico" (R.N. Nº 5049-99- San Román-Juliaca-Puno del 16 de marzo de 2000)"[111].

En otras palabras, debe haber un conducta punible, y para que esto ocurra debe haber siquiera una voluntariedad humana. El intermediario solo puede ser otro ser humano, si se hace uso de animales o cosas con dinamismo funcional, estaremos en el terreno de la autoría inmediata. Entonces, las formas de instrumentación relevantes para la autoría mediata no están en función de términos "causales", sino en función de términos de "intermediación", ya que debe haber una voluntad remanente en el sujeto de adelante. Se afirma que la actuación del instrumento no puede entenderse como un "ciego proceso causal" comparable a un mecanismo automático o un animal, sino que debe tratarse de un comportamiento humano dirigido por la voluntad.

Siguiendo en esta segunda postura, hay otra subclasificación que indica que la autoría mediata no solo existe cuando el sujeto de adelante es absolutamente irresponsable desde una perspectiva jurídico-penal, sino también cuando el

*general*. Barcelona, 1996, p. 373, anota que: "Cuando no realiza un comportamiento humano no se halla justificado acudir a la autoría mediata, pues la utilización meramente material de una persona, sin que esta actúe como tal bajo el control de su voluntad, no tiene por qué distinguirse del empleo de otro instrumento no humano. Conviene considerar a la persona de atrás autor **directo**". HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho Penal*. Granada, 1996, p. 96, sostiene que: "En los casos de *vis absoluta* existe auténtica autoría directa". VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, p. 473. "Esto en razón que la autoría mediata no implica una utilización de las personas como meros objetos inertes, sino el empleo de sus acciones. En este caso, consideramos que se trata de un supuesto de autoría directa pues la utilización meramente material de un hombre no se distingue del empleo de otro instrumento no humano".

(111) CARO CORIA, Dino Carlos. *Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal.* Lima, 2002, p. 174.

instrumento es uno "cuasirresponsable", con lo que admiten la figura del autor detrás del autor. En estos casos, el instrumento mantiene su cuota de responsabilidad ya que se trata de una condición **parcial** de instrumento. En este sentido, Jakobs afirma que esto sucede cuando "el instrumento no pierde por completo su cualidad de persona, por ejemplo, porque yerra de modo evitable acerca de la realización del tipo o del injusto correspondiente a su comportamiento, o entra en un estado de mera imputabilidad reducida o, siendo un instrumento coaccionado, se equivoca de modo evitable, no viendo una salida al dilema de bienes ajenos"(112).

Y dentro del instrumento con voluntariedad –y, por ende, que obra con dolo– pueden distinguirse dos situaciones concretas:

- Si el ejecutor directo actúa con la voluntad requerida por el dolo, pero sin la especial intención o elemento subjetivo distinto del dolo o del injusto que requiere el tipo penal ("**instrumento doloso sin intención**"). Para suplir esto, se propuso considerar autor mediato al instigador y cómplice al ejecutor inmediato.

- Si el ejecutor directo, actúa con pleno conocimiento, pero no concurre la cualidad personal que el tipo exige para ser autor idóneo ("**instrumento doloso no cualificado**"). A su vez, cabe distinguir dos casos: posible autoría mediata del sujeto no cualificado (*extraneus*), que se sirve de un cualificado (*intraneus*) para realizar un delito especial, y posible autoría mediata del *intraneus* que se sirve del *extraneus* para realizar el delito. En el primer caso, se parte de la premisa que los delitos especiales no pueden ser cometidos por cualquier persona, vale decir, quien no puede ser autor directo, no puede ser autor mediato.

En delitos especiales propios, como el instrumento no realiza un hecho principal en el cual fundamentar la responsabilidad del extraño, no cabe acudir ni a la inducción ni a la complicidad, por lo que la conducta del instigado sería impune. En los delitos especiales impropios, por el contrario, no habría problema en considerarlo autor mediato o indirecto del delito común básico que aparece conectado con el delito especial. En el segundo caso, nada impide que un sujeto cualificado utilice a otro no cualificado como instrumento para cometer un delito especial. Acá impera el principio inverso del caso anterior,

(112) JAKOBS, Günther. "El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos". Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: JAKOBS / CANCIO MELIÁ. *El sistema funcionalista del Derecho Penal*. Lima, 2000, p. 190.

quien puede cometer un delito por sí mismo, puede llevarlo a cabo también mediante un instrumento.

La praxis judicial da a entender que no necesariamente quien es utilizado como instrumento por parte del autor mediato carece de capacidad ante el Derecho Penal. Es más, hay supuestos donde el llamado instrumento es –y debe ser– plenamente responsable jurídico-penalmente de sus actos. La doctrina debe cambiar de rumbo en este tema, es decir, desde siempre se ha puesto toda la atención posible en el "autor mediato", pero creo que ha llegado la hora de fijar también la atención en los sujetos "intermediarios", que son quienes al fin y al cabo llevan adelante la realización típica. Aquí encontramos un primer nivel de análisis: cuando el instrumento es responsable penalmente es ya incompatible la teoría del autor mediato, ya que precisamente la "mediatez" la representa ese sujeto intermediario que no obra con voluntad en el evento criminal. En tal sentido, solo debe hablarse de autor mediato en la medida en que este gobierne en absoluto el dominio del curso causal llevado adelante por el intermediario, siempre y cuando el tipo penal correspondiente lo permita.

Cuando el instrumento es quien tiene el dominio del hecho, nos salimos del campo de la autoría mediata y entramos al terreno de la participación. En otras palabras, cuando el hombre de atrás pierde el control absoluto –o sea el dominio del hecho– del curso causal iniciado por el sujeto intermediario, resulta jurídicamente imposible imputar a título de autor mediato al hombre de atrás, ya que el protagonismo lo ha asumido, con su dominio del hecho, el sujeto de adelante; este será considerado como autor directo, y la única relevancia jurídico-penal que tendría el sujeto de atrás sería catalogarlo como partícipe: instigador o cómplice.

El "instrumento" vendría a ser el tercero utilizado al que le falta uno de los presupuestos necesarios de la autoría (el dominio del hecho). Las hipótesis que pueden dar lugar a una autoría mediata son diversas, señalamos las siguientes:

- Falta de concurrencia de la parte objetiva del tipo, esto es, el instrumento obra atípicamente: a) por engaño[113]; b) por violencia, c) por inidoneidad del instrumento para ser autor (instrumento doloso no cualificado); es el empleo de un no calificado (*extraneus*) por un autor mediato (*intraneus*)[114][115].

(113) Por ejemplo, A hace tocar a B un cable de alta tensión ocultándole esta circunstancia y produciéndole de esta forma la muerte.

(114) Por ejemplo, El autolesionarse es atípico.

(115) El funcionario o servidor público que valiéndose de un no funcionario o particular comete un delito especial propio en el ámbito de su competencia.

- Falta de concurrencia de la parte subjetiva del tipo. Existen dos supuestos posibles: a) El instrumento actúa sin dolo[116], y b) el instrumento actúa sin elementos subjetivos del tipo (instrumento doloso sin intención)[117].

- Concurrencia de una causa de justificación[118].

- Instrumento que actúa sin posibilidad de imputación personal, que plantean los casos en que alguien se sirve de otro para la comisión de un delito: a) cuando el instrumento obra inimputablemente[119][120]; b) por miedo insuperable; c) por error invencible de prohibición[121].

- Ahora bien, problemática especial constituyen: a) el instrumento que actúa dentro de un aparato organizado de poder; b) en los delitos de propia mano, los que la doctrina alemana no admite autoría mediata, pues requieren de una realización personal (v. gr. actos contrarios al pudor o *delicta carnis*); y c) en los delitos especiales.

- Otra forma de autoría mediata se da cuando se utiliza a niños para la comisión del delito, supuesto que solo constituye una variación de los tipos fundamentales ya presentados: al niño le falta el conocimiento del significado del hecho (por lo que se presenta un caso de error), o le resulta irresistible el impulso proveniente del que obra detrás de él (con lo que aparece la correspondencia con los casos de coacción). Lo mismo puede decirse de los enfermos mentales utilizados como herramientas para la ejecución[122].

(116) Por ejemplo, Alguien introduce en el vehículo de un amigo que lo desconoce una importante cantidad de dinero, con el objeto de aprovechar el hecho de que el vehículo ha de pasar la frontera y proceder así a la ilícita evasión del capital. Por ejemplo, La enfermera inyecta al paciente una droga nociva y mortal que "discretamente" preparó el hombre de atrás".

(117)Por ejemplo, A hace que su criado B tome las gallinas del corral vecino; aunque B conoce la ajenidad de las gallinas no los toma con "ánimo de lucro" como exige el hurto.

(118) Por ejemplo, Alguien interpone una denuncia falsa en contra de un enemigo, pero rodeada de una aparente veracidad que obliga al policía a detener de buena fe al supuesto denunciado. El policía actúa amparado bajo una causa de justificación en cumplimiento de un deber o cargo (art. 20 inc. 8 del CP).

(119) Alguien emborracha a otro plenamente para que decline o utiliza a un niño de corta edad para que cause un incendio.

(120) Alguien causa miedo para que decline.

(121) Se da cuando alguien provoca o aprovecha la creencia en otra persona (de un extranjero) de que el hecho no afecta ningún bien jurídico.

(122) ROXIN, Claus. "Autoría y participación en el Derecho Penal". En: *Derecho Penal. Parte general*. (materiales de enseñanza). Lima, 1995, p. 485.

## 6. La tentativa en la autoría mediata

Una temática igualmente interesante se da cuando nos preguntamos: ¿cuándo empieza la tentativa en la autoría mediata?, ¿en el momento en que la persona de atrás realiza su parte, o cuando el instrumento se pone a realizar los actos decisivos? Para poder decir que el autor mediato ejecuta el delito en sentido jurídico-penal, es necesario distinguir entre ejecución o realización del hecho en sentido naturalístico, y ejecución o realización del tipo en el plano normativo. A partir de ahí va a ser relativamente fácil deducir cuándo se empieza a ejecutar el delito a efectos de la tentativa.

A mi modo de ver, lo importante no es determinar en qué medida el "hombre de atrás" ejerció influencia sobre el intermediario, sino el ejercicio de una efectiva agresión contra un determinado bien jurídico tutelado, bajo el dominio –de la voluntad– del hecho del "hombre de atrás". La distinción entre autoría mediata e inducción tiene importantes consecuencias para la tentativa punible. En la inducción la tentativa solo podrá darse cuando el instigado dé comienzo a la ejecución del hecho. Antes de ello, el inductor será impune, dada la accesoriedad de la participación. En la autoría mediata, el principio de ejecución comienza cuando se empieza a actuar sobre el instrumento.

Se han propuesto básicamente dos modelos diferentes de solución:

- La atención exclusiva sobre la acción del autor mediato (**solución individual**). Como su propio nombre lo aconseja, el comienzo de la tentativa debe tener lugar con la conducta del autor mediato. Mir Puig se inclina porque la tentativa debe empezar siempre cuando el autor mediato pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el instrumento[123]. Por su parte, Rojas Vargas apunta que "en estos casos, la tentativa comienza tan pronto como el instrumento del mandante, se pone en actividad para la ejecución típica"[124].

- La atención sobre la acción global, compuesta por la acción de influencia, en conexión con los aportes dejados al intermediario (**solución global**). En este modelo de solución, la tentativa se inicia cuando el instrumento da comienzo directamente a la ejecución del tipo. En tal sentido, Maurach, Gössel y Zipf afirman que lo decisivo "**es la agresión contra el bien jurídico** dominada por el 'hombre de atrás' y ejecutada por la persona del intermediario. Para la transgresión de los límites de la tentativa solo puede resultar decisivo si el

(123) MIR PUIG, 1996, p. 378.
(124) ROJAS VARGAS, Fidel. *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Lima, 1997, p. 288.

*hecho global* ha avanzado tanto que habrá de desembocar directamente en la realización típica"[125]. Para Jescheck concurre tentativa en cuanto el intermediario da principio a la ejecución del hecho punible, pero también debe estimarse ya tentativa en el estadio previo si al autor mediato se le escapa de las manos el dominio del hecho, sin que en tal caso pueda existir diferencia alguna entre que el instrumento actúe dolosa o no dolosamente[126].

## 7. Autoría mediata culposa

No cabe autoría mediata imprudente, porque el dominio del hecho mediante el dominio de la voluntad exige el dolo del sujeto. Además, la imprudencia del supuesto autor mediato se uniría a la imprudencia del ejecutor directo, y ambos se convertirían en autores de un hecho imprudente. Peña Cabrera dice que "quien se sitúa atrás jamás puede resultar autor si carece de esa voluntad conductora del hecho; de esa forma, queda claro que la autoría mediata es propia solamente de los delitos dolosos caracterizándose porque el hombre de atrás tiene en sus manos el control más importante del hecho y, además, es el único al que puede imputarse el tipo como suyo"[127].

Puede pensarse en el caso del padre que acostumbra a maltratar a su hijo, y que para gastarle una broma le dice que lesione a un compañero de estudios, y el hijo, creyendo que si desobedece el mandato de su progenitor será castigado, inflige las lesiones. Queda claro que el padre pudo prever (conocer) que su hijo podría entender que su broma no era tal y que, en efecto, lo conminaba a realizar las lesiones, pero sí creer que nunca lo haría, a pesar de que él se lo decía[128]. Aquí también puede ubicarse la teoría del *actio libera in causa* culposa: el sujeto, imprudentemente, se autoinstrumentaliza para cometer un hecho punible.

(125) MAURACH, Reinhart/ GÖSSEL, Karl Heinz/ ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general. 2*. Traducción de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995, p. 362.

(126) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción y adiciones de derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Volumen segundo, 1981, p. 931.

(127) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General.* Lima, 1994, p. 307. GÓMEZ BENÍTEZ, 1988, p. 150. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. Lima, p. 299.

(128) MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia, 2003, pp. 160 y 161.

## 8. Aspectos fundamentales de la autoría mediata en función de estructuras organizadas de poder

En la actual sociedad de riesgos, las relaciones no se plantean en el plano de la interacción individual, sino que lo básico y nuclear son las relaciones contextualizadas en el ámbito colectivo. Esto conduce, en el ámbito penal, a resolver la presente cuestión acudiendo a una "responsabilidad penal referida a la organización", teniendo en cuenta el "rol" que desempeña el agente en la organización y los deberes que está obligado a observar(129). Los nuevos criterios telelógico-normativos con los que se analiza el sistema penal y, principalmente, las tendencias funcionalistas de la teoría del delito han puesto en debate la estructura del denominado viejo Derecho Penal liberal. Por eso, Silva Sánchez se refiere a una verdadera **metamorfosis** del actual del modelo ilustrado. Uno de los aspectos principales del cambio se verifica en el ámbito del **principio de legalidad**(130).

Actualmente, las exigencias jurídico-dogmáticas fundamentales de la parte general, aquellas que tienen que ver con las vías de imputación de corte individual, no son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones. Así, por ejemplo, los casos de responsabilidad por el producto, los casos de la accesoriedad administrativa del Derecho Penal y de las decisiones colegiadas, y en general, los temas que tienen que ver con la criminalidad organizada. Definitivamente, en nuestro país el "caso Montesinos" ha puesto de manifiesto las enormes insuficiencias que padece el Código Penal de 1991. Dicho caso presenta particularidades de responsabilidades compartidas en todo el ámbito de la Administración Pública, sobre todo porque en las formas de intervención en el delito (mayoritariamente, delitos especiales) tienden a imponerse fórmulas de no distinción entre autoría y participación; algo que ya se advierte en los delitos cometidos a través de aparatos organizados de poder.

En definitiva, pues, sea que se adopte una teoría objetivista, subjetivista, normativista o del dominio del hecho de la autoría y la participación, la solución de individualizar responsabilidades en delitos cometidos dentro de una estructura organizada, desconoce que los delitos cometidos en estos ámbitos

(129) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "El papel del Derecho Penal en la segunda modernidad". En: *Los desafíos del Derecho Penal del siglo XXI.* Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. Lima, 2005. p. 753.

(130) En este mismo sentido: YACOBUCCI, Guillermo Jorge. "La transformación de la legalidad penal como desafío del nuevo siglo". En: *Los desafíos del Derecho Penal del siglo XXI*. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. Lima, 2005, p. 634.

responden a una actitud criminal del grupo, por lo que se trata de una responsabilidad de organización por una conducta de la propia organización(131).

En estructuras verticales como en los órganos empresariales u órganos de la Administración Pública, se recurre generalmente a la calificación jurídica de la **autoría mediata** del superior jerárquico(132). Efectivamente, la doctrina penal ha estudiado determinados supuestos donde el instrumento (humano) es dominado por la voluntad de un "hombre de arriba" ubicado en un aparato organizado de poder(133). En el ámbito de la autoría mediata, el sistema de imputación responde de forma vertical, es decir, posibilita que la "persona de atrás" responda por los delitos que han cometido los órganos subordinados, teniendo aquel el dominio del hecho (dominio de la voluntad).

(131) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "*Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal*". Disponible en: <www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527-52.pdf>.

(132) Así, en este sentido: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho*. Ob. cit., p. 257 y ss. El mismo. "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados". Traducción de Carlos Elbert. En: *Doctrina Penal*, 1985, Buenos Aires, p. 402. MAURACH, Reinhrart / GÖSSEL, Karl Heinz/ ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general. 2*. Traducción de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995, p. 355. STRATENWERTH, 1999, p. 242. HIRSCH, Hans Joachim. "Acerca de los límites de la autoría mediata". Traducción de Esteban Sola Reche y Michele Klein. En: *Derecho Penal. Obras Completas*. Tomo I, Buenos Aires, p. 210. Este autor se muestra cauteloso y afirma que puede admitirse la autoría mediata en estos supuestos cuando "(...) el autor inmediato no puede, en virtud de la orden dictada, formar una decisión psíquicamente libre sobre su acción (...) si estos no concurren, el autor inmediato es quien domina la realización de la acción y no quien le manda. Cuestión aparte –agrega el autor– es la de en qué medida podría ser apreciado un supuesto de coautoría". AMBOS, Kai/ GRAMMER, Christoph. "La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. Una cuestión de dominio de hecho por organización". Traducción de Eugenio Sarrabay. En: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Año IX, N 16, Buenos Aires, 2003, p. 168. SANCINETTI, Marcelo. *Teoría de delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscrito al disvalor de acción*. Buenos Aires, 1991, p. 713. EL MISMO. *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*. Buenos Aires, 1988, p. 29. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires, 1999, p. 510. RUSCONI, Maximiliano A. En: BAIGÚN / ZAFFARONI / TERRAGNI. *Código Penal y normas complementarias*. 2. Buenos Aires, 2002, p. 163. En forma implícita: ABOSO, Gustavo E. "Autoría mediata a través de un aparato organizado dd poder y el principio de responsabilidad en las sentencias del Tribunal Supremo Alemán *(Busdesgerichtshof)*". En: *La Ley*. 1999-B, Buenos Aires, p. 563.

(133) En este sentido: AMBOS, Kai. "Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones". En: *Themis*, Nº 37, Lima, 1998, p. 188, afirma que: "Las empresas no son criminales per se, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en un fenómeno acompañante de cierta estrategia de mercado". Prosigue el autor que: "Si la situación es diversa, es decir, si las "actitudes criminales" son mayoritarias, se tratará de organizaciones criminales, con lo que estaremos en el ámbito del 'crimen organizado de modo similar a la mafia', y por tanto, en el grupo de casos aquí analizados" (p. 189).

Para la aplicación de la autoría mediata no importa si el delito es de naturaleza común o especial, siendo las únicas restricciones aquellas estructuras típicas de "propia mano" y de "intención". Sin embargo, esta forma de autoría en su versión tradicional, enfrenta una dificultad: tiene que verificarse que el subordinado esté en una situación de "instrumento", esto es, tiene que obrar en situación de error de tipo o de prohibición, por coacción, o en una causa de justificación (especialmente en estado de necesidad), lo cual será en la mayoría de supuestos casi imposible, desde que el subordinado tiene plenamente conciencia y voluntad, y no actúa de manera "instrumental"; en esta situación cobra importancia la coautoría.

Esta forma de autoría mediata ya no responde sobre situaciones donde el "hombre de adelante" actúa sobre la base de engaño o coacción, pues en muchas ocasiones obra de forma plenamente responsable (autor directo), sino que ahora será sobre la base de la fungibilidad del ejecutor material y sobre la dirección (dominio) de la organización. Los órganos decisores dentro de una organización criminal son los denominados "autores de escritorio" o "autores de despacho", que en sí mismos no colaboran en la ejecución (o durante la ejecución) del hecho punible, pero tienen propiamente el dominio del suceso típico, porque al disponer de la organización, cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del "aparato" en la ejecución del hecho[134]. La cadena de mandos de esta forma operativa supone que la responsabilidad se hace mayor cuando se acerca gradualmente a la fuente de poder, e inversamente menor cuando se aproxima al ejecutor material del hecho.

Para poder afirmar la autoría del hombre de atrás, una vez confirmada la plena responsabilidad del autor inmediato, es necesario constatar una manipulación de la situación que permita al hombre de atrás contar con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, a pesar de que otra persona haya de tomar una decisión autónoma en relación con el mismo proceso lesivo. El dominio del hombre de atrás no tiene por qué suponer un control efectivo de la voluntad ajena (cuestión empírica de difícil constatación, salvo en casos de ausencia de esta), siendo suficiente con poder afirmar el control del riesgo en términos normativos y no prejurídicos. La base naturalística, a la que con frecuencia se vincula el dominio del hecho, no va a resultar suficiente para fundamentar la autoría mediata si no se encuentra un complemento normativo.

Asimismo, se percibe en distintos tipos penales de la parte especial tendencias a criminalizar organizaciones criminales como efecto agravatorio,

(134) Véase, en este sentido, STRATENWERTH, 1999, p. 315.

que son muestras del moderno Derecho Penal en aras de una eficacia preventiva más simbólica que real, funcionalizando los conceptos dogmáticos hasta límites claramente incompatibles con los principios de legalidad e intervención mínima característicos del Estado de Derecho. En estas organizaciones criminales se tiene como opción la imputación a título de autoría mediata –no es obviamente la única pues existe la coautoría y la participación–, que es una extensión normativa ya que un sujeto sin haber realizado acciones típicas es considerado autor. En estas condiciones, si lo determinante de la autoría no es la realización de los tipos penales, sino el dominio del hecho por fuera de los límites formales, el principio de legalidad de los delitos y de las penas, la ley previa queda sin fundamento.

El máximo exponente de la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder es Claus Roxin, quien esbozó una revolucionaria tesis en este campo, como consecuencia del gobierno nacional socialista alemán en el periodo de 1943 a 1945. En el año 1963, Roxin presentó en la revista *Goltdammer's Archiv* su doctrina del "dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder", desarrollada con base en la teoría del dominio del hecho. La tesis apuntaba al "caso Eichmann". Adolf Eichmann era un alto funcionario nazi que planificó y puso en marcha actos de exterminio ejecutados materialmente por otros(135). Eichmann no cooperó ni al principio ni al final del hecho delictivo, más bien su intervención se limitó a pertenecer a eslabones "intermedios" de los mandos decisorios de la organización. Es decir, dicho sujeto con sus manos no hacía nada, no mataba a nadie, se trataba del "burócrata" o "autor de despacho" que fue juzgado y condenado como autor de los delitos de asesinato. Lo característico de la autoría mediata para esta hipótesis es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio en la decisión.

(135) El fundamento del dominio de la voluntad de las instancias superiores de Eichmann, también puede encontrarse en su defensa realizada por su abogado: "el defensor de Eichmann señalaba a su favor que de haberse negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaria de impartir órdenes habría seguido funcionando como lo hizo después de que mataron a Heydrich. Aquí estriba la diferencia con los crímenes individuales. Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo; el propio Estado es el autor (...)" (ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, cit., p. 271).
Pero también se le aplicó, en Alemania, para los casos del "Consejo Nacional de Defensa". Se trata aquí del caso de los soldados de fronteras de la República Democrática Alemana que disparaban contra las personas que querían huir a la República Federal, o que los mataban colocando minas antipersonales. El BGH consideró a los guardas de fronteras como autores de un delito de homicidio (BGHSt 39, 31; 40, 232), pero condenó también a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la República Democrática Alemana, a los que consideró responsables de las órdenes de matar, como autores mediatos.

Roxin explica que la fundamentación de la autoría mediata radica en el denominado "dominio de la voluntad", porque, a diferencia del dominio de la acción, el autor mediato no tiene un dominio caracterizado en la ejecución inmediata y directa de una acción, sino "en el poder de la voluntad conductora". Para hablar de un dominio por organización, Roxin dice que se deben reunir tres requisitos fundamentales: 1) que se trate de un aparato organizado de poder con una estructura jerarquizada rígida; 2) que se verifique una efectiva fungibilidad del autor inmediato, lo que implica que la organización posea ya una cierta dimensión; 3) que el aparato de poder se hubiese desligado del ordenamiento jurídico, optando por la vía criminal.

La autoría y la participación en el seno de organizaciones (como en el caso Eichmann), sin lugar a dudas, trae a colación la figura de "autores de atrás del autor" (autor mediato con ejecutor directo doloso, o mejor dicho: "arriba del autor"). La autoría mediata en virtud de un dominio de la organización ha sido aceptada por tribunales de justicia de diversos países del mundo, entre ellos, destaca el Tribunal Supremo alemán y las Cortes Supremas argentina y chilena[136]. En Argentina, cobró importancia en los juzgamientos de los militares de las Juntas Militares que gobernaron dicho país entre los años 1976 y 1983, quienes encabezaron un esquema de terrorismo de Estado contra quienes consideraban enemigos del régimen. El tribunal tenía probado que en marzo de 1976, día en que las Fuerzas Armadas derrocaron a las autoridades constitucionales y se hicieron cargo del gobierno de aquel entonces, algunos de los procesados, en virtud de su cargo (Comandante en Jefe de los Institutos Armados) ordenaron una serie de "procedimientos" y "tácticas" para luchar contra la subversión periodística.

Así, en el juicio a las Juntas Militares (1985), se observa que la Corte Suprema, en el considerando 23, señala lo siguiente:

> "Que asimismo, esta corriente del 'dominio del hecho' –expresión sobre la que no se ha llegado a un concepto sino a meras descripciones aproximativas, y que en orden a la participación mediante aparatos de poder organizados, no

(136) También en el desafuero del Expresidente Pinochet por su actuación en la Operación Cóndor por asociación Ilícita en el mando de una estructura legal, el profesor Hugo Gutiérrez en relación con el considerando 11 de la Sentencia de primer grado, invoca la Teoría del Autor Mediato de Clauss Roxin, para señalar que se acrecienta el conocimiento cabal y directo en los hechos de la operación Cóndor y que es posible utilizar la estructura del Estado para sostener una estructura Ilícita. La cual se funda en una reunión convocada por el Presidente de Chile (Pinochet), a sus homólogos de Argentina y Uruguay en el marco de desarrollar un trabajo de represión conjunta y coordinada hacia los opositores políticos de las dictaduras del Cono Sur; lo cual queda al descubierto cuando cae la dictadura de Stroesner en Uruguay, develándose los archivos secretos condenatorios.

ha sido mencionada en absoluto por la ciencia y la jurisprudencia– (Roxin. 'Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados'. *Doctrina Penal*, año VIII, julio/setiembre de 1985, Nº 31, p. 400 y siguientes), reconoce que la inmediata realización del tipo implica la calidad de autor inmediato, que coexiste con la de autor mediato; con lo que produce no solo la inconsecuencia metodológica resultante de que el autor inmediato goza de la presunción irrefutable de su dominio sobre el hecho, sino también la conclusión de que el autor mediato pasa a convertirse en un autor por extensión, sin haber realizado acciones típicas. En estas condiciones, si lo determinante de la autoría delictiva no es la realización de los tipos penales sino el dominio del hecho por fuera de los límites formales de aquellos, la legalidad de los delitos y de las penas, la 'ley previa' queda sin fundamento, y así se lesiona el principio que garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional. Por ello es que, en las circunstancias fácticas que se han dado por probadas, el dominio mental del hecho y la realización de acciones extratípicas encaminadas con abuso de poder hacia la ejecución colectiva por otros, no puede representar otra cosa que la cooperación intelectual y material para que los subordinados realizaran las características de los tipos de homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos y demás delitos investigados; es decir, que tal como sucedió en el caso, los que impartieron las órdenes y brindaron los medios materiales para realizar los hechos ilícitos analizados son partícipes como cooperadores necesarios, y no autores en los términos del artículo 45 del Código Penal, porque estos están en el campo de la ejecución en cuanto al principio de ejecución (artículo 43 del Código Penal) y consumación (artículo 45) (Núñez. *Manual de Derecho Penal*, p. 300 y siguientes, 3ª edición, Editorial Lerner, 1984). No debe olvidarse que el hecho ha sido fijado por la sentencia como que 'los cuadros inferiores tenían amplia libertad para determinar la suerte del aprehendido que podía ser liberado, sometido o proceso civil o militar o eliminado físicamente' con lo cual no se admite el grado de sometimiento a que estarían sujetos los ejecutores y que supone el criterio del 'aparato de poder' de Roxin".

En el considerando 24 se expresó lo siguiente:

"Que son dos las formas de aplicación extensiva de la autoría que –más allá de la configuración de los tipos respectivos– se han llevado a cabo en la sentencia; la primera, por haber efectuado una interpretación integrativa que creó una contradicción, y que se infiere de aceptar la existencia simultánea de un autor mediato, que es quien tendría siempre el llamado 'dominio del hecho' y la de un autor inmediato, su ejecutor. En efecto, dichas existencias simultáneas no se concilian, porque si existiera un ejecutor responsable del delito, este tendría el 'dominio del hecho' y desplazaría al autor mediato. De

aquí que para aceptar la coexistencia de ambos autores haya debido recurrirse a un concepto extensivo del autor, a la manera del doctrinario alemán Roxin, quien, como se dijo, sostiene que es posible la coexistencia de un autor mediato y de otro inmediato cuando se trata de un obrar a través de un aparato organizado de poder caracterizado por la fungibilidad del ejecutor, que no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. Así, este concepto de autor es extensivo con relación al tipo de cada figura delictiva de homicidio, privación ilegítima de la libertad, torturas y tormentos y demás delitos imputados, dado que la ampliación de la participación en tales figuras solo se puede realizar conforme a la regla del artículo 45 del Código Penal, que coloca al autor o autores en el campo de la ejecución del hecho, y denomina cómplices a los que realicen cualquier otra acción previa o concomitante fuera del marco de la ejecución. Frente al criterio legal, que define a la autoría o a la coautoría bajo la exigencia de 'tomar parte en la ejecución del hecho', cualquier otra intervención vinculada a la realización del delito importa una cooperación, un auxilio o una ayuda".

Sobre esta base fáctica, los Camaristas concluyeron que en este caso, el instrumento del que se valieron los enjuiciados era el sistema mismo que manejaban discrecionalmente, sistema que estaba integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no era entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una "voluntad indeterminada", cualquiera sea el ejecutor-material, el hecho igual se iba a producir.

La teoría de la autoría mediata encontró eco favorable en el Procurador General argentino y en el voto de la minoría de la Corte (Petracchi y Bacqué), mientras que el voto que resultó ser mayoritario descartó dicha teoría.

Como bien señala Rodríguez Mourullo, una cosa es reconocer la posibilidad y necesidad del concepto de autor mediato y otra distinta indicar los límites dentro de los cuales puede ser invocada una autoría mediata[137]. Pues el recurso de la autoría mediata acabaría sustituyendo la responsabilidad individual por una difusa responsabilidad colectiva. En otras palabras, unos de los problemas que debe enfrentar la autoría mediata en estructuras jerárquicas, es cuando el instrumento humano –el subordinado– obra consciente y voluntariamente en el hecho criminal. Esto nos lleva a la temática, aún no resuelta en la doctrina con claridad, del denominado "instrumento doloso" *(doloses werkzend*).

(137) RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "El autor mediato en Derecho Penal español". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1969, p. 467.

El autor mediato no es solo el jefe máximo del aparato de poder, sino también todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la orden delictiva con poder de mando autónomo, y de este modo "prolonga" la cadena hacia los ejecutores. El dominio de la organización implica determinar la responsabilidad de los entes colectivos o de las organizaciones por sí mismas, siendo el de las personas físicas que se encuentran en la cúspide del poder y que ejercen el mando material, cuestión que se erige como la piedra angular en este ámbito(138). Según Roxin, existen "organizaciones" o "centros de poder" que, estructurados jerárquicamente y dotados de una fuerte disciplina interna, asumen un modo de funcionamiento casi "automático" y, en esa medida, adquieren naturaleza de meros "instrumentos" que reaccionan de forma mecánica a órdenes o instrucciones de sus jefes.

Además, el que la ausencia de voluntad del ejecutor se encuentre referida a su utilización como instrumento de la maquinaria, no tiene por qué ser un requisito de esta modalidad de autoría mediata, dado que, aun cuando el ejecutor tenga plena voluntad de ser instrumentalizado, ello no exonera o disminuye la responsabilidad penal del hombre de atrás, quien sigue manteniendo el dominio sobre la organización(139). La teoría de los aparatos organizados de poder implica una estructura de persona y medios, una organización vertical y jerarquizada, que por lo general se sirve de los recursos estatales, y que actúa en su totalidad al margen del ordenamiento jurídico. Lo que hay que procurar es que la interposición de los sujetos instrumentalizados no impida que los hechos aparezcan como obra del hombre que actúa detrás (autor mediato). Si esto es así, no hay ningún inconveniente en afirmar que el autor mediato, aun no ejecutando materialmente el hecho, realiza el tipo penal y que, por ello, su comportamiento es directamente subsumible en el mismo como lo sería la conducta del autor inmediato.

La mayor objeción que ha recibido el dominio de la organización es que no puede haber autoría mediata ni puede predicarse la calidad de instrumento cuando el ejecutor es libre, no presenta déficit en la formación de la voluntad (violencia o error) o sencillamente es responsable de sus actos. La postura de negar el dominio del hecho del hombre de atrás cuando el de delante actúa con responsabilidad penal plena, responde a dos premisas que deben ser rechazadas: la primera obedece a la necesidad de identificar el criterio material

(138) CASTILLO ALVA, José Luis. "Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización". En: *Sistemas penales Iberoamericanos*. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario, Lima, 2003, p. 580.

(139) MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia, 2003, pp. 122 y 123.

del dominio del hecho con la idea de dominar fácticamente a otra persona; y, la segunda, a la conveniencia de reducir el tema de la responsabilidad al aspecto de la responsabilidad criminal. La decisión libre del ejecutor material no modifica en lo absoluto la situación y no representa un impedimento esencial para atribuir una responsabilidad al hombre de atrás como autor mediato. No existe una instrumentalización del ejecutor como en los casos tradicionales, sino una instrumentalización de la organización o aparato de poder organizado para delinquir(140).

Lascano admite la teoría de los aparatos organizados de poder para el Derecho argentino, dentro de la categoría participativa de los "determinadores", prevista en el último párrafo del artículo 45 del Código Penal de ese país, con lo que no resultaría vulnerado el principio de legalidad consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional(141). En consecuencia, "determinador propio" o "determinador" a secas es quien –aunque no realice los actos ejecutivos del hecho descripto en el respectivo tipo delictivo y, por lo tanto, no puede ser su autor– ejerce el dominio del hecho a través de otro cuya voluntad se encuentra "determinada directamente", es decir, sometida al plan delictivo de aquel, sea o no el ejecutor un sujeto penalmente responsable(142).

Existe una parte de la doctrina que niega la autoría mediata para los aparatos organizados de poder. Por citar solo algunos ejemplos, Jakobs anota que la "construcción de la autoría mediata es nociva, porque, en los hechos de la época del régimen nacional-socialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas"(143). En este mismo sentido, Fernández Sánchez sostiene: "Rechazamos la tesis de la autoría mediata aplicable a los supuestos de criminalidad organizada siempre que no se adapte el concepto de autor mediato generalmente aceptado por la doctrina, es decir, aquel que para la comisión del hecho ilícito utiliza un instrumento

(140) GARCÍA VITOR, Enrique. "La tesis del 'dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder". En: *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Córdoba, 2001, p. 346.
(141) LASCANO. "Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales". Ob. cit., p. 363.
(142) Ibídem, p. 364.
(143) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, Madrid, 1997, p. 784.

que actúa bajo coacción o error, sin tener conocimiento o libertad de acción y de voluntad a la hora de cometer el delito"[144].

Asimismo, Bolea Bardón dice que la "tendencia actual a calificar como autores mediatos a los dirigentes de organizaciones criminales no hace más que demostrar la necesidad de aceptar la figura del autor tras el autor, además de poner de manifiesto, una vez más, que el criterio de responsabilidad criminal no es adecuado para establecer los límites de la autoría mediata (...) hay que seguir insistiendo en el hecho de que el hombre de delante, por más intercambiable o dispuesto a cometer el delito que se muestre, no puede ser considerado un instrumento dominado en manos de los mandos dirigentes de la organización; y que ello tampoco es necesario para afirmar la autoría de estos últimos, pues lo decisivo es poder constatar que comparten el dominio del riesgo con el hombre de adelante desde una posición de control de la organización"[145].

Más escépticas son las apreciaciones de Zaffaroni, Alagia y Slokar que indican: "No habría dificultad para compatibilizar esta tesis con el texto legal argentino, puesto que no cabe duda de que el comitente es un determinador y su posición es bastante distinta, la diferencia estribaría en que si se lo considera autor mediato, habrá tentativa desde que comienza a dar la orden, en tanto que si se lo considera instigador, recién será punible cuando el ejecutor final comience su conducta. En rigor, no se observan las ventajas de esta complicada construcción, entre otras cosas, porque es una cuestión de hecho determinar si se mantuvo o no el dominio del hecho, en cuyo caso no cabría descartar la coautoría o la participación necesaria"[146].

Dado que el ejecutor de adelante no está en una situación de inferioridad, ya que el ejecutor toma una decisión libre, puede hablarse de una relación de horizontalidad, lo cual nos permite hablar de una coautoría. Empero, no me parece convincente la postura que apunta a la coautoría en los delitos organizados de poder, ya que para que se verifique este título de imputación debe darse el acuerdo o la decisión común entre los integrantes, lo que implica que tienen que conocerse previamente, o al menos presumir ello. Empero, como hemos establecido, en los delitos cometidos por aparatos organizados de poder, la característica principal es la fungibilidad o intercambialidad del ejecutor material, por lo que este muchas veces no conoce exactamente quién le

(144) FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, María Teresa. "Autoría y participación en la criminalidad organizada". En: Díaz-Santos y Sánchez López (coords.). *Hacia un Derecho Penal sin fronteras*. Colex, 2000, p. 35.
(145) BOLEA BARDÓN, 2000, p. 368.
(146) ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, 2000, pp. 747 y 748.

dio la orden criminal y el superior jerárquico de la organización tampoco tiene conocimiento de quién finalmente la ejecutará.

Habrá que mencionar también que quizá una solución posible a los delitos cometidos en aparatos organizados sea reservar la palabra "instrumento" para referirnos al ejecutor material-no autor, y emplear el término "intermediario" cuando aparezca la figura del autor tras el autor(147). Ahora bien, lo que sí es claro es que en la autoría mediata en estructuras jerárquicas puede admitirse una coautoría, ya que no debería existir ninguna contraposición entre uno y otro concepto (coautoría entre autores mediatos)(148). Aquí no se habla de un dominio de la acción, y no es posible hablar de un dominio de la voluntad, ya que el sujeto de adelante obra con pleno conocimiento y voluntad de causa. Tampoco se puede atribuir un dominio funcional, ya que el ejecutor material no conoce a fondo el plan común, si bien interviene físicamente en la ejecución del delito. Se habla de un dominio de la organización, donde el sujeto de atrás debe controlar a una ficción jurídica, a algo abstracto-conceptual como es una institución estatal, por ejemplo.

La figura de la intervención a través de la organización constituye el complemento de la figura de la autoría por dominio de la organización, precisamente construida para la imputación de hechos delictivos a los directores de organizaciones criminales (aparatos organizados de poder)(149). En definitiva, el manejo de la organización dependerá del concepto de "organización" que se maneje, o mejor dicho si es una institución ficticia o una realidad social. Las recomendaciones del Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal de Budapest se refieren al principio de "responsabilidad de la organización", por el cual los jefes responden por los delitos cometidos por los miembros de la propia organización. Parece bastante aceptable esta propuesta porque, sin entrar en discusiones dogmáticas, resuelve la demanda político-criminal de sancionar a los "peces gordos" con las penas que le corresponderían como ejecutantes directos de los delitos(150).

(147) BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata en Derecho Penal*. Valencia, 2000, p. 178.

(148) Así, en este sentido: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Los confines de la inducción: de la responsabilidad penal a la responsabilidad moral". En: AA.VV. *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir. Madrid, 2002, p. 930.

(149) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "¿'Pertenencia' o 'intervención'? Del delito de 'pertenencia a una organización criminal' a la figura de la 'participación a través de organización' en el delito". En: *Los desafíos del Derecho Penal del siglo XXI*. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. Lima, 2005. pp. 326 y 327.

(150) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Redes internacionales y criminalidad: A propósito del modelo de "participación en organización criminal", disponible en: <www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a-20080527_52.pdf>.

Ahora bien, cada actividad del aparato que se prolongue de modo no autónomo puede tener el efecto de fundar una participación. Quien solamente actúa en función de un consejo o quien proporciona medios de existencia será considerado cómplice. De la misma forma, el denunciante que está fuera del aparato solo es un instigador, porque puede influir en la decisión de otro a cometer delitos(151). El dominio de la organización necesita, en definitiva, una mejor fundamentación (¿se trata de una fungibilidad "abstracta posterior" en vez de "concreta"?), que entienda normativamente el principio de la responsabilidad.

No debe olvidarse, además, que en el autor mediato –y no en el instrumento– deben concurrir todos los elementos de la culpabilidad como en cualquier supuesto de imputación individual. A la teoría del dominio de la organización se han sumado otras posturas como la de Schulz, que ha propuesto rechazar el dominio de organización por ser demasiado amplio, sustituyéndolo por el **dominio por coacción**. Asimismo, Murmann defiende un **dominio del hecho por poder de instrucción**. Por último, puede encontrarse a Schroeder, quien postula el criterio la **decisión incondicional de cometer el hecho** en la persona del ejecutor, considerando que el dominio por organización es una "construcción *ad hoc*".

La conexión entre el principio de responsabilidad por los riesgos originados en la propia esfera organizativa y el principio de autonomía no solo afecta a la distinción entre autoría y participación, sino que también nos sirve para establecer la frontera entre autor mediato y autor tras el autor, pues existen situaciones en las que, pese a la actuación autónoma del ejecutor material (autor inmediato), el hombre de atrás sigue manteniendo una especial relación con el peligro.

La comisión de un delito a través de otra persona, característica de una forma de autoría tradicionalmente conocida como autoría mediata, no responde a una estructura única. Así, de hecho la realización mediata de un tipo de autoría puede concretarse en dos figuras: el **autor mediato** en sentido estricto y el **autor tras el autor**. No coinciden, sin embargo, ni en cuanto al fundamento ni en cuanto a la estructura. El fundamento del autor detrás del autor es otro. Las diferencias entre la autoría mediata y el autor detrás del autor es la siguiente: mientras que el autor mediato comete el delito a través de un sujeto que no responde como autor (doloso) del hecho por él ejecutado materialmente, el autor tras el autor (doloso) utiliza para realizar el delito a un sujeto que es autor (doloso) del hecho que ejecuta. La atribución de responsabilidades a

(151) ROXIN. *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*. Ob. cit., p. 407.

título de autor, conforme a una estructura vertical, se corresponde con la figura del autor tras el autor.

Quizá el cuestionamiento de la autoría mediata en estructuras organizadas de poder sea el no fijar el límite entre una responsabilidad personal y una responsabilidad colectiva. Sin embargo, habrá que advertir que cuando se intenta responsabilizar al "organizador" siempre se hace en función de una persona natural, o sea, desde un punto de vista personal. No es que la tesis de la autoría mediata de aparatos de poder sea una solapada responsabilidad colectiva, sino que siempre tiene como presupuesto responsabilizar a quien tiene el mando y control de la organización, que generalmente es una persona natural inserta en una organización criminal. Así, por ejemplo, cuando se toca el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los autores generalmente ubican a la autoría mediata por estructuras organizadas como una cuestión **alternativa** y no **complementaria** a la responsabilidad penal colectiva.

### 8.1. El poder estatal y los movimientos criminales fuera de la ley como formas de aparatos organizados de poder

En la concepción de Roxin, los aparatos de poder organizado pueden darse en dos hipótesis:

#### 8.1.1. El poder estatal

Por una parte se pueden cometer delitos al interior del poder estatal utilizando organizaciones subordinadas para ello, como ocurrió en los casos *Eichmann* y *Staschynskij*.

Esta apreciación tiene que ser contextualizada, en el caso peruano, a través de la sentencia de fecha 29 de mayo de 2003, que refiere lo siguiente: "Respecto a la fase consumativa del delito de peculado por apropiación, materia de juzgamiento, debe puntualizarse que se trata de un hecho criminal global cometido en los marcos de un aparato organizado de poder estatal, en el que el acusado Vladimiro Montesinos Torres tiene una actuación de primer nivel, y fue quien decidió la apropiación de fondos para su inculpado Bedoya de Vivanco, que le solicitó al hacerle entrega de un presupuesto, que según refiere era para gastos de su compañía política". Es decir, la sentencia ubica la responsabilidad penal dentro de la teoría del "dominio de organización".

#### 8.1.2. El movimiento criminal

Las organizaciones criminales pueden también referirse a movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes.

En tales casos, debe tratarse de un "Estado dentro del Estado", en general independiente de determinadas relaciones respecto al ordenamiento de la comunidad. Ejemplo de esto, lo tenemos en los atentados políticos, asesinatos por asociaciones secretas o también en la delincuencia común[152]. Es decir, la teoría de Roxin abarcaría aquellos aparatos no estatales situados al margen del Derecho, consistentes en organizaciones criminales que tienen objetivos contrarios a la ley, como la ETA en España, IRA en Irlanda o Sendero Luminoso en nuestro país.

### 8.2. La fungibilidad del intermediario como característica de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder

El hecho de ser prescindible en el plan total del evento criminal, hace que el ejecutor sea fungible, lo cual puede suceder desde el momento en que se inicia el hecho o durante la ejecución del hecho. Resulta obvio que una vez consumado el delito ya no es posible catalogar aquel ejecutor como fungible para ese delito, podría ser fungible –y por ende dar paso a una autoría mediata por dominio de la organización– para otros delitos, como el encubrimiento o el delito de receptación.

La idea de la fungibilidad del ejecutor entraña el inconveniente de que solo puede aplicarse a las organizaciones criminales de gran tamaño y envergadura, que poseen una base abundante de posibles realizadores del hecho criminal. La **fungibilidad**[153] o **intercambiabilidad** de los agentes subalternos funciona con un automatismo que transforma a tales ejecutores en figuras anónimas y sustituibles, engranajes cambiables en la máquina del poder. La fungibilidad o intercambiabilidad del ejecutor permite afirmar que la realización del delito en modo alguno dependerá de él, sino que existe una retención del dominio acerca de la decisión de llegar al resultado típico por parte del hombre de atrás. La maquinaria sigue activa con independencia de la pérdida de un individuo o su renuencia a ejecutar una orden.

Castillo Alva sostiene que "el criterio de la fungibilidad del ejecutor en la medida que solo se basa en criterios cuantitativos debe rechazarse, dado que

(152) Ante la delincuencia común se puede utilizar a la autoría mediata en la responsabilidad penal de los directivos empresariales, véase: CESANO, José Daniel. "Problemas de responsabilidad penal de la empresa". Disponible en: <www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Cesano2.4.pdf>.

(153) MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia, 2003, p. 162. "En efecto, 'fungible' significa 'que se consume con el uso', y tal cualidad no solo no es compatible con la condición de persona sino nada tiene que ver con la posibilidad de sustituir a los ejecutores del hecho antijurídico en el seno de un aparato de poder organizado. De ahí que resulte preferible emplear el término 'intercambiable', 'sustituible' o 'prescindible'".

no es aplicable a todos los casos ni fundamenta de manera adecuada el dominio de la organización. A lo mucho puede servir de elemento indiciario, como otros, para acreditar el dominio de la organización"(154).

En este punto me pregunto: ¿constituye acaso la "fungibilidad" del ejecutor inmediato un presupuesto estructural imprescindible de la autoría mediata en aparatos organizados de poder? Evidentemente sí. Así como se habla de ausencia de dolo, de causas de justificación o de inculpabilidad, lo que permite configurar a un verdadero "instrumento" en la doctrina de la autoría mediata en aparatos organizados de poder es la "fungibilidad", sin este concepto no es posible hablar de una autoría –mediata– del superior jerárquico. Quizá se estaría ante un caso de autoría directa o de dominio del hecho de la acción, ya que no hay ningún intermediario en la ejecución del hecho punible.

La fungibilidad es un concepto peculiar ya que el intermediario material es un sujeto con conciencia y voluntad, que debería responder por sus actos, es lo que se llama un "instrumento doloso" y que, en principio, debería ser penado sin mayores problemas. Pero esta conciencia y voluntad, cuando se le agrega el vocablo fungibilidad, permite que el sujeto intermediario sea catalogado como un "instrumento" para el Derecho Penal. De manera que el que no puede ser cambiado es aquel que tiene que decidir cuándo y cómo, el que tiene que decidir el sí del delito, el que se encuentra detrás de los autores(155).

La fungibilidad del ejecutor se da por la posibilidad ilimitada que tiene el superior emisor de la orden de reemplazar a la persona destinada a ejecutarla. Precisamente esta fungibilidad garantiza al hombre de atrás el control de los acontecimientos, pues sabe que el hecho será de todas maneras realizado, ya que el ejecutor no es más que una pieza del engranaje sustituible (el mando superior de la organización no renuncia al hecho pretendido solo porque un

(154) CASTILLO ALVA, José Luis. "*Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización*", cit., p. 620. DE FIGUEIREDO DIAS. "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el dominio de la organización". En: p. 103. De la misma manera: REAÑO PESCHIERA, José Leandro. "Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita". En: SAN MARTÍN CASTRO / CARO CORIA / REAÑO PESCHIERA. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir.* Aspectos sustantivos y procesales, Lima, 2002, p. 259 anota que: "En definitiva, el presupuesto de esta teoría es la **intercambiabilidad** de los integrantes de la organización quienes ocupan posiciones subordinadas, y el **dominio de la organización** por parte de los cabecillas, pues de otro modo se trataría de una inducción o instigación".

(155) Véase: ALDUNATE ESQUIVEL, Enrique Eduardo. "El autor detrás del autor. Reflexiones sobre el dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder". En: *XIV Congreso Latinoamericano, IV Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología*. Universidad de Valparaíso, 2002, p. 73.

subordinado se niegue a la ejecución del delito)[156]. En efecto, puede buscarse la responsabilidad en autoría mediata del hombre de atrás siendo el hombre de adelante plenamente responsable, pues como indica Silva Sánchez: "Dada la situación de amplio dominio de todo el marco y condiciones de la ejecución del hecho por parte de tales hombres de detrás, que de hecho determina que el ejecutor inmediato pueda llegar a ser un sujeto fungible, que incluso no conozca el sentido último del hecho, se entiende por algunos que el principio de autonomía o autorresponsabilidad de este no puede operar como barrera de imputación que impida la atribución de la condición de autor al sujeto o sujetos situados en los niveles más altos de la cadena jerárquica"[157].

Creo que la fungibilidad del ejecutor en las organizaciones de poder no es, sin embargo, decisiva para admitir un dominio del hecho en quien las dirige, planificando, aportando medios y ordenando las acciones delictivas. Tener un aparato en las manos no es decisivo porque no consigue por sí una instrumentalización del ejecutor, cuando sin estar sometido a error o coacción hace propia la influencia que recibe de sus dirigentes[158]. En el dominio de la organización no interesa la **libertad** con la que actúa el ejecutor, o si se trata de una persona absolutamente **responsable** que puede hacerse acreedor a una pena por la comisión de un delito[159]. El ejecutor inmediato es una figura anónima y sustituible en la organización.

Las teorías subjetivas del ilícito penal, como la que propugna Sancinetti, no han podido extirpar del seno jurídico-penal a la autoría mediata como forma de responsabilidad penal. Este autor propone, en principio, derogar la autoría mediata y resolver todos los casos por medio de una participación no accesoria. Básicamente, esto fracasaría dice el mencionado autor, porque de nuevo frente a necesidades prácticas; por ejemplo, en todos los casos de autolesión, en los que la víctima es inducida por el "hombre de atrás" mediante un error sobre el carácter lesivo del acto: la mayor punibilidad de la "inducción dolosa a un suicidio culposo (autoría mediata de homicidio), en comparación con la de la instigación al suicidio –en los códigos que la prevé– solo podría estar

(156) REVILLA LLAZA, Percy Enrique. "Comentarios al artículo 23 del Código Penal". En: *Código Penal comentado*. Tomo I, Lima, 2004, p. 892.

(157) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "La autoría delictiva en estructuras organizadas". En: *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública*. Lima, 2001, p. 44.

(158) HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho Penal*. Granada, 1996, p. 274.

(159) CASTILLO ALVA, José Luis. "Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización". En: *Sistemas penales Iberoamericanos*. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario, Lima, 2003, p. 585.

justificada, precisamente, en que el 'partícipe' es mucho más que eso: domina el hecho, y, por ende, es **autor**"[160].

El ejecutor no actúa autónomamente sino dentro de un plan, o de unas directrices de actuación diseñadas por el hombre de atrás. Cuando la orden es directa los problemas son menores que en los casos en que el ejecutor actúa presumiendo. Se discute si quien dio la decisión responde por inducción, por autoría mediata por dominio de organización, o es coautor del delito imputado. No puede ser inductor porque ni siquiera conoce al inducido, no hace nacer la idea del delito. No puede ser coautor porque si bien existe codominio funcional parcial de los hechos y acuerdo común, el que decide no participa en fase ejecutiva. Además, la coautoría responde a un nivel horizontal y la autoría mediata en organizaciones responde a un nivel vertical. La tesis que mejor se adapta es la de la autoría mediata en aparatos organizados de poder. El autor material, es decir, los fusiladores, son personas fungibles o intercambiables. El hombre de atrás controla el resultado típico a través del aparato, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos causalmente. Aquel tiene el sentido literal de la palabra "dominio" y, por tanto, se trata de un autor mediato.

## 9. ¿Se admite la autoría mediata en los delitos de propia mano?

Los delitos de propia mano son considerados como delitos especiales porque solamente los pueden cometer un determinado grupo de personas, aquellas personas que ejecutan corporalmente el delito. Por tanto, únicamente la persona que lleve a cabo de forma directa y por sí misma la acción típica será considerada autora, no siendo posible la autoría mediata o indirecta a través de otra persona[161]. Habrá que advertir que los delitos de propia mano no solo afectan a la categoría de la autoría mediata, también adquieren una especial configuración en la *actio libera in causa*, la omisión, entre otras instituciones.

Un ejemplo de exclusión de los delitos de propia mano de la autoría mediata es la Sentencia de Tribunal Supremo español del 2 de noviembre de 1994 (R.A. 8386) que en su fundamento de derecho tercero recuerda que la "teoría de los delitos de propia mano (proveniente de la doctrina alemana) vincula a

(160) SANCINETTI, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de la acción*. Buenos Aires, 2001, p. 694.

(161) Véase, en este sentido: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas, Derecho Penal. Parte general.* tomo I, Lima, 2004, p. 1078. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte general.* I, Madrid, 1996, pp. 308 y 309.

estos determinadas consecuencias entre las que aquí interesan especialmente la exclusión de la coautoría y la autoría mediata"[162].

Desde de un punto de vista **lógico-formal** ("teoría de los textos") se tendrían que ver solo los tipos penales, y que los bienes jurídicos solo se protegerían de los ataques personales, pero ello es cuestionable porque existen igualmente comportamientos mediatos que lesionan el bien jurídico. Según esta teoría "del tenor literal", la propia formulación de ciertos delitos de la parte especial del Código Penal (su propio tenor literal) excluiría la comisión de estos en autoría mediata o coautoría. Para averiguar, pues, si estamos ante un delito de propia mano se debe establecer cuándo el comportamiento descrito por el legislador para el actuante inmediato puede ser realizado también, sin quebrar el tenor literal del tipo, por un hombre de atrás. Además, desde un punto de vista victimológico, la ofensa al poder del bien jurídico se produce de igual manera, es decir, con independencia de si el autor interviene directamente o es un tercero.

Por el contrario, desde un punto de vista **teleológico-material** se deja de lado la arbitrariedad de los formalismos del legislador, reparándose en la materialidad de la lesión al bien jurídico, donde la cualidad de autoría destaca de la ejecución personal porque así lo exige la propia conducta en sí. Aquí los delitos de propia mano no se apoyan en el tenor literal de los tipos penales, sino en las cualidades del autor o del hecho o en las relaciones entre la víctima y el autor. Por eso mismo, los diversos delitos de propia mano tienen diversos fundamentos, a pesar de que la consecuencia sea la misma, la de no admitir sino una ejecución personal.

Hernández Plasencia ha dicho: "La existencia de los delitos de propia mano, deducida de la naturaleza de las cosas, no puede apoyarse entonces y únicamente en las palabras del legislador, en interpretaciones literales o meramente formales. Los delitos de propia mano deben fundamentarse no en la conducta de propia mano, sino en la debida cualificación y disposición del sujeto para

(162) Extraída de MORENO Y BRAVO, Emilio. *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión*. Madrid, 1997, p. 73. Este mismo autor en la cita 67 que esa misma sentencia señala que: "En la doctrina española, aunque se suele considerar que la violación es un delito de propia mano, no falta quienes también admiten en ella la posibilidad de la coautoría, reduciendo de esta manera el concepto de propia mano simplemente a la cuestión de que el varón sería el único que puede realizar el acceso carnal. Es indudable que, reducido el problema a tales límites, a partir de la premisa sentada (solo el varón podrá tener acceso carnal) no se deriva en modo alguno que se deba excluir la coautoría, dado que la estructura del tipo permite que la violencia sea ejercida por quien no realiza personalmente el acceso carnal, ni tampoco la imposibilidad de la autoría mediata, puesto que la lesión del bien jurídico se puede lograr aunque el acceso carnal no se realice personalmente, por medio de otro se abre sobre la base de un error o ignorancia".

realizar lo injusto. No se tipifica de un modo determinado la conducta porque tenga que realizarse personalmente, sino porque solo la puesta en escena de esa actividad a través de un sujeto cualificado produce lo injusto. La expresión literal es un medio, no un fin de la norma"[163][164]. Por ello no es tan descabellado señalar que jurídico-penalmente es posible admitir el instituto de la autoría mediata en el delito de violación sexual, sin recurrir a la odiosa fórmula de "los actos análogos" prevista en el Código Penal[165].

Así, el artículo 170 del Código Penal prescribe: "El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener **acceso carnal** (...)"; lo mismo puede decirse de los verbos típicos expresados en los artículos 171, 172, 173 y 175 del Código Penal. En principio, solamente aquella persona que tiene ayuntamiento carnal sería autora del delito de violación real ya que quien tiene "acceso carnal" es el sujeto activo. Sin embargo, esto sería admitir una visión causalista y no adscriptiva de la responsabilidad penal, pues lo que debe imperar en la tipicidad penal de la conducta es un criterio jurídico-normativo. De tal forma que tener acceso carnal para configurar la violación sexual no solamente se da por quien penetra total o parcialmente en la cavidad vaginal de la mujer, sino también por quien instrumentaliza a otro sujeto para que este tenga acceso carnal con la víctima.

En primer lugar, la teoría de la autoría es una cuestión de la parte general, en la cual se analiza prioritariamente la doctrina del dominio del hecho –dominio de la voluntad en este caso–, mientras que las particularidades de la conducta típica es una cuestión de la parte especial –como tener "acceso carnal"–. No necesariamente la conducta típica "tener acceso carnal" debe ir acompañada del dominio de la acción (autoría directa), sino que también podrá ir acompañada de un dominio de la voluntad (autoría mediata). Se puede admitir la figura de la autoría mediata en los delitos de violación sexual real, no obstante que es un delito de propia mano, ya que si bien el sujeto de adelante es quien tiene el acceso carnal, sigue siendo un intermediario, y quien verdaderamente

(163) HERNÁNDEZ PLASENCIA, 1996, p. 290.

(164) Ibídem, pp. 299 y 300.

(165) Así, SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. "Comentarios acerca de los institutos del actuar en nombre de otro y la autoría mediata con especial referencia a la legislación peruana". En: *Cáthedra*. Número 8-9, Lima, p. 117, cita: 60 afirma que: "Así, por ejemplo, A droga a una mujer B, luego se vale de un enajenado C al que utiliza para que este tenga relaciones con B; o si A usa un ebrio al cual dice haber contratado una prostituta y que lo espera en el cuarto; igualmente es válido el ejemplo en el cual una mujer A ata a su enemiga B en una cama y obliga a C a violarla bajo amenazas de matar a sus hijos, C se niega y A para forzarlo realiza dos disparos matando a uno de sus hijos e hiriendo al otro en una pierna; ante ello C termina realizando el acto sexual".

domina la voluntad del intermediario es el sujeto de atrás, por tanto, este es el autor del delito de violación sexual.

La mayoría de los delitos que hoy se reconducen a la categoría de los de propia mano son susceptibles de autoría mediata, principalmente porque su naturaleza de "propia mano" no está fundamentada satisfactoriamente. Y esa comisión y, por ende, autoría mediata puede determinarse con arreglo al criterio común de la mayoría de los tipos delictivos, es decir, utilizando la teoría del dominio del hecho(166). Para un estudio pormenorizado de los cuestionamientos que plantean los delitos de propia mano en relación con la figura de la autoría mediata es preciso discriminar en esta, a su vez, dos subclases: autoría mediata "desde fuera" y autoría mediata "hacia dentro". Autoría mediata hacia dentro existiría, por ejemplo, respecto de un hipotético delito de incesto entre hermanos, cuando el hermano A usa como instrumento a otra persona B para que realice actos sexuales con su propia hermana (de A). Por su parte, estaríamos ante autoría mediata desde fuera, cuando un tercero no-hermano se sirve de dos hermanos, por ejemplos, inimputables, para que realicen entre sí actos sexuales. Aunque ambos tipos de autoría mediata no habían sido advertidos por la doctrina penalista, como ya este breve ejemplo demuestra, sus presupuestos no son idénticos, ni por ello, tampoco, sus soluciones. Puesto que el incesto es un delito considerado de propia mano, esta teoría tendría que concluir que ambos tipos de autoría mediata, hacia dentro y desde fuera, son impunes.

## 10. La autoría mediata por dominio organizativo no estatal y su implicancia en el caso Abimael Guzmán. A propósito de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de Terrorismo

### 10.1. La emisión de la sentencia constituye un hito importante en la jurisprudencia peruana sobre el título de imputación en materia penal

La Sala Penal Nacional de Terrorismo emitió sentencia en el caso Abimael Guzmán Reynoso y otros con fecha 13 de octubre de 2006 (Expediente acumulado N° 560-03). En ella precisamente se destaca el rol protagónico que ostentaba Abimael Guzmán Reynoso en el Partido Comunista del Perú (Sendero Luminoso), y toda su participación en el proceso de aprobación de los planes de acciones armadas, órdenes concretas y sistemas de control de toda la organización. Guzmán Reynoso era el máximo y principal responsable

(166) En sentido contrario, DONNA, 2002, p. 82. VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, p. 473, que no admiten autoría mediata en delitos de propia mano.

de todos los hechos declarados probados en el presente proceso, siendo calificado como autor mediato por dominio en una organización **no estatal**[167].

Lo rescatable de esta sentencia es que antes de ella, la autoría mediata por dominio de la organización solo constituía un concepto jurídico-doctrinario. Con esta forma de imputación delictiva se plantearon mecanismos de atribución penal para solucionar de manera adecuada los problemas propios de las organizaciones criminales, en especial, los vinculados a directivos, líderes y mandos de la organización, consolidando el efecto preventivo de la pena.

## 10.2. La autoría mediata por dominio de la organización como forma básica de intervención punible

En principio, la autoría mediata o indirecta forma parte de la idea básica de autoría delictiva que rige actualmente en nuestro Derecho positivo, según el artículo 23 del Código Penal. El concepto jurídico de autoría mediata lo he expresado en otro lugar, diciendo: La autoría mediata se trata de una transferencia de la disponibilidad fáctica de la fuente de peligro del autor mediato hacia el instrumento humano. Sin embargo, esta transferencia no se produce en términos de complementariedad –porque si no sería una coautoría– sino en términos de supletoriedad, pues el hombre de adelante no responde penalmente en lo absoluto por los actos lesivos a los bienes jurídicos.

En el hombre de adelante existe, pues, una insuficiencia en la disponibilidad fáctica para fundamentar un ámbito de competencia[168]. La principal conveniencia de la teoría del dominio del hecho en la autoría reside en la facilidad

(167) Según la sentencia de fecha del 13 de octubre de 2006 emitida por la Sala Penal Nacional de Terrorismo, los delitos imputados a Abimael Guzmán son los siguientes: delito de terrorismo agravado previstos en los artículos 1, 2 incisos b), d) y e) del Decreto Legislativo Nº 046; 288-A; 288-B inciso f) del Código Penal de 1924, introducido por Ley Nº 24651; 288° B incisos b) y f) del Código Penal de 1924, modificado por Ley Nº 24953; artículos 319, 320 inciso 6) del Código Penal de 1991; y, el artículo 3 inciso a) primer párrafo del Decreto Ley Nº 25475; y, contra el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud - Homicidio Calificado en agravio de Zaragoza Allauca Evanan y otros tipificado en el artículo 152 del Código Penal de 1924, en este último caso en concurso ideal con el artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 046 de conformidad con el régimen de concurso especial definido por dicho decreto en su artículo 8.

(168) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "La responsabilidad penal en forma mediata. Especial mención a las intermediaciones en el ámbito de organizaciones de poder (primera parte)". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 150, mayo 2006, Lima, p. 110. Al respecto, CEREZO MIR, José. *Obras completas. Tomo I, Derecho Penal. Parte general*. Lima, 2006, p. 1084 a la pregunta que se formula ¿Era necesario la introducción de la figura del autor mediato?, contesta de la siguiente manera: "Creo que sí. El autor mediato no realiza la acción típica y no es posible castigar siempre como inductor o cooperador necesario, aunque se parta del criterio de la accesoriedad mínima. No es posible castigar al autor mediato como inductor o cooperador necesario cuando el instrumento realice una acción que no sea típica (por faltar, por ejemplo, un elemento subjetivo de lo injusto, como el ánimo de lucro en el hurto). No puede

con que permite explicar la autoría mediata, ya que como bien es sabido el autor mediato no realiza por sí mismo actos típico-ejecutivos, sin embargo, resulta innegable que el autor mediato controla el hecho delictivo y lo dirige desde atrás (no en vano se le denomina "autor detrás del autor" material).

En la autoría mediata, el instrumento no es responsable, salvo el supuesto de quien actúa dentro de un sistema organizado de poder, ya que la superioridad que ejerce el autor mediato sobre el instrumento no será suficiente para la eliminación de la responsabilidad del autor inmediato, al ser un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada, no obrando ni coaccionado ni por error(169). La doctrina del sistema organizado de poder y su objetivo de criminalizar en forma mediata a quien ostenta el mando y control de dicho organismo, responde a una idea básica de actualidad: los delitos ya no son obra de autores individuales que actúan en concierto y en ejecución de un plan común más o menos delineado.

Esta visión tradicional ha variado por la aparición de nuevas organizaciones que de manera colectiva y buscando una finalidad común, cometen diversas infracciones penales con la pretensión de alcanzar mayores cuotas de poder con base en el delito, facilitando a su vez, la impunidad de quienes ocupan los puestos de dirección. Por su dimensión, capacidad, disposición de medios, estrategias y recursos, nivel de adaptación y cobertura, estas organizaciones se encuentran en condiciones de cometer delitos graves y de consecuencias devastadoras, como de lograr el cumplimiento de sus objetivos de modo más eficiente y rápido.

Con base en esta teoría fue posible considerar como autores a dirigentes como Hitler, Himmler, Honecker, Videla y Pinochet. El poder fáctico de control decreciente hacia arriba en la jerarquía de mando, es compensado en cierto modo con la mayor responsabilidad de quienes están en las posiciones más altas(170).

Como destaca Roxin: "La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder es una figura jurídica rendidora, que se está resistiendo a algunas objeciones; ella permite abarcar como autores a los hombres de atrás, sobre

decirse entonces que induzca a otro a ejecutar el hecho, o que coopere a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado".

(169) MORENO Y BRAVO, Emilio. *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*. Madrid, 1997, p. 121.

(170) AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Penal internacional, bases para una elaboración dogmática*. Traducción de Ezequiel Malarino, Montevideo, 2005, p. 228.

todo en delitos cometidos por órganos estatales y delitos de la criminalidad organizada y de terrorismo"[171].

Lo característico de la autoría mediata para esta hipótesis es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio en la decisión. El problema se plantea cuando el ejecutor no es un instrumento ciego, ni actúa en ninguna de las dos circunstancias planteadas en relación con la autoría mediata –error o coacción–, sino que reúne las condiciones para ser autor y responsable de su acto.

Roxin explica que la fundamentación de la autoría mediata radica en el denominado "dominio de la voluntad" porque, a diferencia del dominio de la acción, el autor mediato no tiene un dominio caracterizado en la ejecución inmediata y directa de una acción, sino "el poder de la voluntad conductora". Efectivamente, como sostiene López Barja de Quiroga: "Esta solución, que a nuestro entender es más correcta, se basa en aceptar la posibilidad de la prevalencia del dominio de la decisión sobre el dominio de la acción, en aquellos casos en los que existe una influencia determinante de la persona que obra detrás sobre el autor dependiente, aunque este, esto es, el autor, sea plenamente responsable"[172].

El elemento objetivo del denominado "dominio de organización" radica, como bien ha puesto de relieve Aboso, que en un caso normal "la lejanía del lugar de comisión del hecho por parte del que imparte la orden letal debería ser valorada en carácter de participación, ya que el autor de la orden ocupa una zona contigua al suceso principal y de aquí que no pueda afirmarse el dominio del hecho. Sin embargo, la intermediación de un aparato de poder invierte la presente cuestión, ya que este dominio de la organización compensa el déficit de lejanía del que ocupa un puesto prominente en dicha organización y la relación entre el autor del autor y el ejecutor no se encuentra más estructuralmente abarcada por la figura de la instigación"[173]. A todo ello habrá que decir que esta particular imputación también ha recibibo críticas, pues, como bien dice Felipe Villavicencio: "la figura de la autoría mediata no puede utilizarse sin límites, pues cuando el intermediario actúa dolosamente y plenamente

(171) ROXIN, Claus. "La autoría mediata por dominio de la organización". Traducción de Manuel Abanto Vásquez. En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.). *Revista de Derecho Penal. Autoría y participación - II*, Santa Fe-Buenos Aires, p. 28.

(172) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*. Madrid, p. 56.

(173) ABOSO, Gustavo Eduardo. "Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder". Semblanza de esta crítica forma de autoría mediata y las propuestas alternativas formuladas en la dogmática penal para el tratamiento de la criminalidad de los aparatos de poder". En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.), *Revista de Derecho Penal. Autoría y participación - II*. 2005-2, Santa Fe - Buenos Aires, p. 265.

responsable, el dominio del hecho le pertenece y se excluye la posibilidad de una autoría mediata"(174).

Finalmente, me remito a lo que en su momento expresó Silva Sánchez: "Este punto de vista responde a una evidente necesidad político-criminal y se muestra, a la vez, conforme con el sentido del lenguaje, con lo que el marco ontológico no se vulnera al atribuir la condición de autor a estos sujetos. Sin embargo, ello no obsta a que tal solución haya sido criticada; y es cierto que pueden darse casos en que la solución de la autoría mediata activa, cuando el ejecutor directo es plenamente (y dolosamente) responsable, ofrezca dificultades. Piénsese, por ejemplo, en casos en que el superior favorezca imprudentemente o de modo doloso-eventual el hecho inferior, o bien en quienes, en su calidad de eslabones intermedios en la cadena jerárquica, se limitan a transmitir instrucciones desde el superior hasta el inferior, o bien, en supuestos en los que el dominio 'organizatorio' no sea tan intenso"(175).

### 10.3. Abimael Guzmán y su calidad de "autor mediato" del delito de terrorismo

La calificación de autor mediato en virtud del dominio sobre la organización puede recaer sobre cualquier persona que ocupe un lugar desde el que pueda impartir órdenes al personal subordinado. Lo único relevante sería que detente la capacidad de dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito. En el funcionamiento de los aparatos organizados de poder, se puede advertir que el dominio sobre el ejecutor que ostenta el hombre de atrás se encuentra supeditado al dominio que este tiene sobre la organización. El dominio sobre el ejecutor, que permite considerar al sujeto de detrás como autor mediato, no es un dominio directo –y no puede serlo desde el momento en que el hombre de atrás no conoce a quien domina–, sino indirecto, pero suficiente –tan igual al que se

(174) VILLAVICENCIO T., Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Lima, 2006, p. 480. Más escéptico en relación con la autoría mediata en aparatos organizados de poder es la opinión de DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal". En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.), *Revista de Derecho Penal. Autoría y participación - II*, Santa Fe-Buenos Aires, p. 109, cuando dice que la hipótesis denominada "autor detrás del autor" en realidad deben ser tratadas como supuestos de cooperación necesaria o inducción, y eventualmente de coautoría. De la misma manera: CEREZO MIR, 2006, p. 1088, cuando dice que: "Esta construcción no me parece convincente, pues la fungibilidad del instrumento no es suficiente para fundamentar el dominio del hecho. Es cierto que muchos de los supuestos contemplados por Roxin serán realmente autoría mediata, pero por la aplicación de otros criterios, coacción, error, etc.".

(175) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el derecho español". En: SILVA SÁNCHEZ (ed. española) y SCHÜNEMANN, DE FIGUEIREDO DIAS (coords.). *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. Barcelona, 1995, pp. 370 y 371.

tiene sobre los restantes elementos de la maquinaria– que se logra a través del dominio directo sobre el aparato.

En ese contexto, de la lectura de la sentencia del caso Abimael Guzmán se desprende que los actos terroristas se llevaban a cabo sobre la base de órdenes que se derivaban de las decisiones de la Dirección Central y de los acuerdos del Comité Central, cuya cúspide ocupaba Abimael Guzmán, las cuales se traducían en directivas o consignas, que eran retransmitidas por los propios dirigentes a sus aparatos o a través de enlaces a los diversos comités, para que estos, dependiendo de si era una orden para una concreta acción decidida o planificada por la dirección o de si se trataba del desarrollo de una campaña, procedieran a reunir a los comités de acciones o a elaborar los planes operativos tácticos, reunir a los destacamentos o pelotones que ejecutarían las acciones, así como los "medios" (armas) y otros para la realización del ilícito.

En ese sentido, Abimael Guzmán Reynoso, como máximo representante de la organización Sendero Luminoso, era quien ostentaba la dirección y la evaluación de los atentados perpetrados, de modo tal que tenemos claramente determinado no solo su dominio de organización, sino también el proceder doloso de su conducta(176). La sentencia del Expediente acumulado N° 560-03, en el considerando decimocuarto dice textualmente lo siguiente:

> "El acusado desde la cúspide del aparato dominaba todos los aparatos de la organización, los que recibían las directivas o consignas para ejecutar acciones armadas a través de las llamadas retransmisiones por parte de los dirigentes del Comité Central o de enlaces que bajaban a los diversos comités. El procesado no solo ejercía ampliamente su capacidad de definición y decisión de las actividades ilícitas, en términos de dar órdenes directas o a través del desarrollo y aplicación del programa criminal, sino también se servía de determinados principios como el centralismo y la disciplina para tener bajo sujeción a los miembros de la organización.
>
> El dominio que ejercía en la organización, además de las órdenes directas o los planes generales, se complementaba en rigor con un control de las actividades de sus miembros, elemento indispensable para verificar la eficacia en el cumplimiento de las órdenes previamente fijadas, para lo cual los diversos

(176) La sentencia de fecha del 13 de octubre de 2006 (Expediente acumulado N° 560-03) dice textualmente lo siguiente "Dolo: La intención de los miembros del Partido Comunista del Perú de provocar, crear o mantener en estado de zozobra, alarma o terror a la población de diversos departamentos del país, se acredita de manera indubitable con lo expresado por su Dirección Central en sus diversos eventos y que constan en los documentos allegados a la presente causa".

comités y aparatos al término de las campañas o acciones en concreto de envergadura, preparaban un informe y/o se reunían con los miembros de la Dirección Central para personalmente informar al líder".

En suma, el poder de decisión que tenía Abimael Guzmán era tal que muchas de las órdenes consistían en una serie de gestos y prácticas que solo los miembros de la organización y particularmente sus dirigentes manejaban. Era un procedimiento reglado por la cúpula.

### 10.4. Sendero Luminoso como sistema organizado de poder

Como se indicó anteriormente, para hablar de un dominio por organización, Roxin dice que se deben reunir tres requisitos fundamentales: que se trate de un aparato organizado de poder con una estructura jerarquizada rígida; que se verifique una efectiva fungibilidad del autor inmediato, lo que implica que la organización posea ya una cierta dimensión; y que el aparato de poder se hubiese desligado del ordenamiento jurídico, optando por la vía criminal.

#### 10.4.1. La fungibilidad como característica del dominio de la organización

La fungibilidad o más propiamente la intercambiabilidad de los ejecutores se funda en que la negativa del ejecutor de llevar a cabo el plan no impide que este efectivamente se realice, ya que si él no cumple la orden, según el organigrama del aparato de poder, inmediatamente otro lo suplirá, no resultando afectada la ejecución del plan global. La teoría del dominio por organización supera la libertad ajena del hombre de adelante con el criterio de la fungibilidad, puesto que quienes ejecutan directamente el hecho son solamente ruedecillas intercambiables en el engranaje del aparato de poder, al hombre de atrás no le interesa quién cumple sus órdenes(177).

El actor inmediato solamente es un "engranaje" reemplazable en la maquinaria del aparato de poder. Esto no cambia para nada el hecho de quien finalmente ejecute de propia mano el homicidio sea punible como autor inmediato. Pese a todo, los dadores de la orden ubicados en la cúspide del poder

(177) La sentencia de fecha del 13 de octubre de 2006 (Expediente acumulado N° 560-03), en el caso Abimael Guzmán Reynoso y otros, expresa que: "El dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar la orden. Si cuando el encargado de llevar a cabo la orden se desiste otro le reemplaza y se asegura así el cumplimiento de la orden, es porque el reemplazante, al igual que la mayoría de los que componen el colectivo de ejecutores, están dispuestos a ejecutar la orden. En otras palabras, están dispuestos a cumplir con los mandatos que reciban de las instancias superiores. La posibilidad de sustituir a los ejecutores representa únicamente la existencia de mayores probabilidades de que el hecho se realice, pero no fundamenta dominio alguno".

son autores mediatos, pues la ejecución del hecho, a diferencia de la inducción, no depende de la decisión del autor inmediato. La autoría inmediata del ejecutante y la mediata del hombre de atrás descansan en presupuestos diferentes –la primera, en la propia mano; la segunda, en la dirección del aparato– pueden coexistir tanto lógica como teleológicamente(178).

Kai Ambos sostiene "que la fuerza persuasiva de la teoría del dominio por organización se encuentra en la validez del criterio de la fungibilidad. Pues, si se parte de que el hombre de atrás que domina la organización no puede confiar más en que sus órdenes serán cumplidas por quien quiera que fuese, fracasaría su dominio del hecho por esa seguridad concretada en la libertad del hombre de adelante. Entonces, un dominio del hecho tan solo se podría fundamentar con la ayuda del dominio por coacción o por error, lo que presupone sin embargo algo más que el mero dominio del aparato, esto es, el dominio concreto del hombre de adelante. Por otra parte, de la dependencia del dominio por organización del criterio de la fungibilidad se sigue que tal dominio no existe solo si se puede contradecir en el caso concreto la intercambialidad del ejecutor. Aquí se trata, ante todo, de un puro problema empírico, esto es, de si realmente en todos los casos de comisión de un hecho por medio de un aparato organizado de poder se puede partir de la fungibilidad del ejecutor directo"(179).

Los miembros que formaban parte del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, sean estos dirigentes, cuadros, militantes, combatientes o "masas", estaban subordinados por jerarquía a los acuerdos de los organismos de dirección, las directivas y las consignas, las que obligatoriamente debían ser cumplidas, por estricta aplicación de los principios de centralismo y disciplina, correspondiendo a los miembros encargados de la ejecución de los atentados la planificación en concreto de cada acción, elaborando el denominado Plan Operativo Táctico(180).

La propia sentencia del caso Abimael Guzmán Reynoso indica: "Es más, los ejecutores son parte de una organización a la cual voluntariamente 'prestan sus servicios' y, por otro lado, el hombre de atrás, al aprovecharse de la funcionalidad de la organización, se aprovecha de la disposición de los ejecutores para realizar el delito. Y este aprovechamiento no tiene por qué suponer

(178) ROXIN. "La autoría mediata por dominio de la organización". Ob. cit., p. 10.
(179) AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Penal internacional, bases para una elaboración dogmática*. Traducción de Ezequiel Malarino, Montevideo, 2005, pp. 221 y 222.
(180) Todo Plan Operativo Táctico en Sendero Luminoso contenía la asunción de tres objetivos: político, militar y de construcción. Los cinco pasos de todo atentado eran: tipo de acción, distribución de fuerzas y medios, preparación del plan, la ejecución y el balance.

un déficit de conocimiento ni de libertad, ni un defecto de responsabilidad en el sujeto. Incluso la posibilidad de sustituir a los ejecutores (sin dejar de ser un dato fáctico) confirma que el dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar la orden".

La misma sentencia expresa en el caso de la fungibilidad que: "El dominio de la organización no niega la libertad con la que actúa el ejecutor material en la realización del delito, pero lo hace bajo los vínculos de disciplina, sujeción y espíritu de grupo a los que se encuentra sometido, situación que lo lleva a asumir la decisión y perpetración del hecho punible. El sujeto, más allá de si siente el hecho como suyo o ve en él algún tipo de beneficio, sabe que la obra no le pertenece tanto como a la organización. Si no actuara a cuenta del aparato de poder, difícilmente hubiera cometido el hecho por su iniciativa y riesgo. En su comportamiento no se ve reflejado él, sino el ente colectivo y los jefes y mandos a los que obedece".

### 10.4.2. Sendero Luminoso como forma de organización no estatal

Claus Roxin señaló en una conferencia dictada el 17 de noviembre de 2002 en la Universidad de Lusíada de Lisboa (Portugal):

> "El modelo presentado de autoría mediata no solamente alcanza a delitos cometidos por aparatos de poder estatal, sino también rige para la criminalidad organizada no estatal y para muchas formas de aparición del terrorismo. Los conceptos mencionados son difíciles de delimitar, pues se entrelazan entre ellos. No obstante, no importa la calificación que se les dé, sino solamente el si están presentes los presupuestos descritos del dominio de la organización".

En tal sentido, en la concepción de Roxin, los aparatos de poder organizado pueden darse en dos maneras: el poder estatal(181) y aquellas organizaciones

(181) En el poder estatal puede cometer delitos al interior del poder estatal utilizando organizaciones subordinadas para ello, como ocurrió en el caso conocido como "Eichmann" y en el caso "Staschynskij". Esta apreciación tiene que ser contextualizada, en el caso peruano, a través de la sentencia de fecha 29 de mayo de 2003 que refiere lo siguiente "(…) respecto a la fase consumativa del delito de peculado por apropiación, materia de juzgamiento, debe puntualizarse que se trata de un hecho criminal global cometido en los marcos de un **aparato organizado de Poder estatal**, en el que el acusado Vladimiro Montesinos Torres tiene una actuación de primer nivel, fue quien decidió la apropiación de fondos para su inculpado Bedoya De Vivanco, que se solicitó al hacerle entrega de un presupuesto, que según refiere era para gastos de su compañía política". Es decir, que *la sentencia ubica la responsabilidad penal dentro de la teoría del* "*dominio de organización*". También como nos recuerda CASTILLO ALVA, José Luis. "*Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización*". En: JAÉN VALLEJO, Manuel (dir.) y REYNA ALFARO, Luis M. (coord.). *Sistemas penales iberoamericanos*. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario,

fuera de la ley. En esta última se encuentran las organizaciones criminales que pueden también referirse a movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes. Es un presupuesto de la autoría mediata que los aparatos organizados de poder se encuentren al margen de la legalidad o desvinculados del Derecho. Solo cuando la estructura y la organización en su conjunto actúen fuera del ordenamiento jurídico podrá plantearse esta forma de autoría. Debe tratarse de un "Estado dentro del Estado", en general independiente de determinadas relaciones respecto al ordenamiento de la comunidad, ejemplo de esto lo tenemos en los atentados políticos, asesinatos por asociaciones secretas o también en la delincuencia común(182).

El Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso era una organización ilícita, con una estructura y dirección claramente establecida y diferenciada(183). Dicho partido era una organización paralela a lo que puede ser una organización

Lima, 2003, p. 627, cuando dice que: "En el Perú ocupa un lugar especial la presunta responsabilidad de los mandos militares y funcionarios del más alto nivel del gobierno aprista que con el pretexto de sofocar un motín en el penal 'El Frontón' ordenaron la muerte de todos los internos; o el caso de la responsabilidad de Alberto Fujimori Fujimori y Vladimiro Montesinos por los crímenes cometidos en la Cantuta y en Barrios Altos. En el primer caso murieron estudiantes y profesores de una universidad luego de ser detenidos en un reglaje y en el segundo se mató a hombres, mujeres y niños durante una pollada bailable creyendo que allí se reunían miembros de Sendero Luminoso".

(182) Ante la delincuencia común se puede utilizar a la autoría mediata en la responsabilidad penal de los directivos empresariales, véase: CESANO, José Daniel. "Problemas de responsabilidad penal de la empresa ". Disponible en: <www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Cesano2.4.pdf>. Aunque habrá que destacar que el propio Roxin se muestra renuente a la aplicación de la autoría mediata a los delitos económicos, así, véase: *La autoría mediata por dominio de la organización*, cit, p. 23 cuando dice: "(…) la figura de la autoría mediata por aparatos organizados de poder no es de ningún modo –tal como opina Herxberg– una "sobreextensión de la autoría". Pero ella sí lo es, en efecto, cuando se traslada esta construcción sin más a la motivación de acciones delictivas por superiores en empresas económicas y otras organizaciones jerárquicamente organizadas, tal como hace la jurisprudencia alemana reciente con creciente frecuencia. Este desarrollo ya tenía sus raíces con la Quinta Sala cuando dice (ibídem, p. 237): "Una autoría mediata entendida de tal manera no solamente entrará en consideración en caso de abusos de poderes estatales, sino también en la criminalidad organizada a la manera de una mafia". Hay que añadir aquí –dice Roxin– tal como ya se dijo al principio, que también las organizaciones terroristas, en las cuales están a disposición numerosos ejecutantes intercambiables, tiene un amplio campo de aplicación el dominio de organización. Pero la sentencia va demasiado lejos cuando continúa: "También puede resolverse así el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas económicas".

(183) La sentencia de fecha trece de octubre de dos mil seis (Expediente acumulado N° 560-03), en el caso "Abimael Guzmán Reynoso y otros", expresa: "Una organización delictiva es un sistema penalmente antijurídico, esto es, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos. Tal organización, como sistema de injusto, tiene, así, una dimensión institucional –de institución antisocial– que hace de ella no solo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la de sus partes. En esa dimensión institucional radica seguramente su diferencia específica con respecto a las meras agrupaciones coyunturales para cometer delitos, del mismo modo que su funcionalidad delictiva la distingue de otros sistemas sociales".

de poder estatal. En la cúspide jerárquica del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso se ubicaba la Dirección Central, que es la que ejercía el poder real de toda la organización, pues se encargaba de presidir las reuniones con los organismos intermedios y de controlar la marcha permanente de todo el colectivo. Los organismos de dirección estaban constituidos por el Comité Central, el Buró Político y el Comité Permanente, llamado también Dirección Central, los que gobernaban el conjunto de la organización, sancionado los acuerdos y estableciendo las directivas y consignas que debían ser ejecutadas por todos los aparatos y comités de la organización. La función del Comité Central era llevar adelante los eventos partidarios y aprobar los acuerdos que regían a toda la organización, entre otros, aprobar los denominados Grandes Planes Militares o Planes Estratégico Operativos, que constituían el marco o programa de su actividad ilícita armada(184). Los organismos intermedios estaban compuestos por los llamados Comités Regionales y Comités Zonales, luego, más abajo, se hallaban los Comités Subzonales y comités de células.

## 11. ¿El caso Abimael Guzmán se trataba de una coautoría mediata o autoría mediata individual?

En la sentencia aludida, se destaca básicamente que los acusados Manuel Rubén Abimael Guzmán Reynoso y Elena Albertina Iparraguirre Revoredo fueron quienes ostentaron tal poder de dirección en el Partido Comunista del Perú. En tal sentido, la sentencia en el caso de la referida condenada estableció lo siguiente:

> "La condición de miembro del Comité Central, Comité Permanente y Buró Político desde el inicio de la denominada guerra popular en mayo de mil novecientos ochenta hasta su detención, así como su responsabilidad en la marcha orgánica, ideológica, política y militar, que compartía con Guzmán Reynoso, y cuya dirección la ejercían mediante planes, directivas y guías de acción, se encuentra corroborada por la declaración prestada en el juicio oral por su coacusado Óscar Alberto Ramírez Durand, quien ha indicado que la conoció como la camarada Miriam desde el año mil novecientos setenta y

(184) La sentencia de fecha 13 de octubre de 2006 (Expediente acumulado N° 560-03), en el caso Abimael Guzmán Reynoso y otros, expresa lo siguiente: "Sin duda alguna, ha quedado debidamente comprobado que el Partido Comunista del Perú, conocido públicamente como Sendero Luminoso, es una organización clandestina que practicó el secreto tanto del colectivo como de sus integrantes, sean estos militantes, cuadros o dirigentes, jerárquicamente estructurada y fuertemente cohesionados sus miembros mediante su llamada base de unidad partidaria, con una clara distribución de funciones, pudiéndose identificar claramente los niveles de decisión, la programación de sus actividades ilícitas y el control de la organización, todo lo cual nos permite inferir que se trata de un verdadero aparato organizado de poder".

nueve en una reunión del IX Pleno[185] del Comité Central, donde se definió el inicio de la lucha armada.

Refiere, asimismo, que su coacusada formaba parte del Comité Permanente del autodenominado PCP-SL, indicando que los cargos de los demás miembros del comité central eran solo formales porque en la práctica la dirección real la ejercieron Guzmán Reynoso, Augusta La Torre o camarada Norah[186] y Elena Iparraguirre. Agrega que, al ser Guzmán Reynoso quien proponía no solo planes generales, sino una serie de acciones concretas, Iparraguirre Revoredo tenía conocimiento de estas, lo que formalmente quiere decir que estaba de acuerdo, habiendo ejercido ambos la dirección central, en la que han estado juntos después de la muerte de la camarada Norah.

Señaló también que, como segunda en la dirección, central tenía un estatus correspondiente a esa jerarquía, habiendo estado presente en las reuniones del Comité Permanente, del Buró Político y del Comité Central, siendo que todos los informes que presentaban eran vistos por el Comité Permanente y resumidamente por el Buró Político antes de ser presentados al Comité Central, lo que le hace suponer que intercambiaba opiniones con Guzmán Reynoso, concluyendo en mérito a ello que la acusada tenía voz y voto respecto de las decisiones que se tomaban".

Como puede verse, Iparraguirre Revoredo compartía el dominio del aparato organizado, Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, conjuntamente con Abimael Guzmán, por lo tanto, tiene que hablarse técnicamente de una **coautoría mediata** más que de una autoría mediata individual. En consecuencia, la coautoría mediata queda constituida no solo por la inmediata intervención del autor en el hecho, sino también cuando sucede en forma mediata. Se da cuando existen varios coautores, con dominio funcional del hecho y a la vez con dominio de la organización (en la versión de Roxin de autoría mediata). Se trata de una mixtura de **horizontalidad** entre los mandos superiores (coautoría) y **verticalidad** por la subordinación o instrumentalización hacia la organización (autoría mediata)[187]. La autoría mediata o la comisión "a través de otro" tiene una estructura vertical (en el sentido de un curso de arriba hacia abajo, del motivador hacia el ejecutante); la coautoría o la comisión

(185) Desarrollado del 12 de mayo al 5 de junio de 1979.

(186) Augusta La Torre Carrasco, esposa, de Abimael Guzmán Reynoso, fallecida el 14 de noviembre de 1988.

(187) AMBOS, Kai / GRAMMER, Christoph. "La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käseemann. Una cuestión de dominio del hecho por organización". En: *CDJP*, Nº 16, p. 166 "(...) se desconoce, particularmente, que la realización en coautoría se basa en una estructura horizontal, mientras que en los casos en cuestión predomina una estructura vertical entre el que ordena y el subordinado".

"conjunta", por el contrario, está estructurada horizontalmente (en el sentido de estar al lado de otro entre los coautores).

Para la existencia de la coautoría mediata pueden presentarse los siguientes supuestos:

a) Todos los coautores se valen de la conducta de un instrumento.

b) Cada uno de los coautores se vale de la conducta de distintos determinados.

c) Unos actúan determinando a otros y los restantes realizan por sí el hecho.

Empero, habrá que advertir que las reglas de imputación penal en el presente caso no varían mucho, porque, como ha dicho la doctrina, si existe una coautoría vs. autoría mediata en un mismo supuesto fáctico, la doctrina se inclina en aceptar las reglas de esta última(188), es decir, se conserva la estructura de la autoría mediata.

## 12. Excurso: La autoría mediata por dominio de la organización es un concepto jurídico-normativo mas no legalista-formal. Sobre la función virtual del principio de legalidad en la parte general de los códigos penales

Habrá que advertir que el dominio del hecho como categoría incuestionable en la mayoría de la dogmática de la autoría delictiva, también lleva implícitamente un obstáculo difícilmente salvable: la extraordinaria vaguedad del concepto "dominio del hecho". Precisamente, el mismo Claus Roxin ha reconocido que no consistiría en una definición exacta, sino en una descripción que podría adaptarse con facilidad al sentido material de los cambiantes casos concretos. Es en ese contexto que Roxin elaboró la trilogía del dominio del hecho: dominio de la acción para la autoría única, el dominio de la voluntad para la autoría mediata, y el dominio funcional para la coautoría.

La "flexibilidad" del concepto de "dominio del hecho", que para Roxin constituye una de sus principales ventajas, también podría ser contemplada como una de sus más destacables limitaciones, sobre todo en conceptos como el de la autoría mediata por dominio de la organización, donde definitivamente se procede a una renuncia a su sentido último como dominio "fáctico" u

(188) Véase, en este sentido: ROXIN, Claus. "La autoría mediata por dominio en la organización". Traducción de Manuel Abanto Vásquez. En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.). *Revista de Derecho Penal - Autoría y participación II*. Santa Fe-Buenos Aires, 2006, p. 20, amparándose en una cita de Bloy.

"ontológico". En tal sentido, ya no se trataría de una actuación delictiva a través de "otro", que en casos normales sería a través de una persona natural, sino que se trataría una actuación a través de un ente social. Roxin aclara que no se trata de la creación de una doctrina ad hoc, ni un "derecho de excepción" para delitos muy reprobables, sino que "domino del hecho" es un concepto abierto, y solo a través de él se puede dar cuenta de las distintas formas de autoría que suelen aparecer en la realidad.

En la sentencia del caso Abimael Guzmán Reynoso se expresa con respecto a la autoría mediata por dominio de la organización que:

> "Es pues un concepto normativo, que nada tiene que ver con el dominio de la voluntad ni con un dominio fáctico, sino, únicamente, con la posibilidad de valerse de la actividad de una organización, en la cual destaca un colectivo de ejecutores predispuestos a llevar a cabo los mandatos que reciban".

Esto responde a la tesis incuestionable, a nuestro juicio, que no todas las normas de la parte general del Derecho Penal están positivadas en los Códigos Penales. Incluso, muchos conceptos que encontraron asiento legal en el proceso codificador como las reglas de error, del dolo, etc., no se agotan en las palabras de la ley. La obligada generalidad y, por tanto, relativa indeterminación de las normas de la parte general ha exigido al práctico y al teórico el desarrollo de reglas y criterios más allá de lo positivado, que permitan la adecuada aplicación de las normas de la parte especial.

Resulta loable y conveniente que la aludida sentencia, en el considerando decimotercero haya indicado lo siguiente:

> "En rigor, en el Código Penal de mil novecientos veinticuatro no estaba expresamente mencionada la autoría mediata por coacción o por error, sin embargo, para evitar lagunas de punición, fue desarrollada por los penalistas peruanos y aplicada por los jueces en los casos concretos. En ese sentido, nada impide que los jueces puedan aplicar la tesis de Roxin sobre la autoría mediata por dominio en organización, formulada desde mil novecientos sesenta y tres, posteriormente desarrollada por él, por otros doctrinarios y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de Alemania. Teniéndose en cuenta que por principio los jueces interpretan las normas en el momento en que las van a aplicar, por ende, siempre es posible una interpretación evolutiva, no siendo pertinente sostener que estamos frente a un supuesto de retroactividad de la jurisprudencia. La interpretación judicial es siempre una interpretación en concreto y operativa, aunque eventualmente pueda tomar en consideración el resultado de alguna interpretación científica".

Con esta apreciación se confirma mi tesis de que el principio de legalidad en la parte general solo cumple una función virtual mas no real(189).

En tal sentido, no se necesita que esté taxativamente incorporada en el Código Penal la autoría mediata por dominio de la organización –ya sea estatal o no estatal– para que se aplique a un caso concreto. Como resulta cierto, recién en 1991 se incorporó la autoría mediata a nuestro Derecho positivo penal, también resulta cierto que la autoría mediata (y también el supuesto de dominio de la organización) en la dogmática jurídico-penal se venía recibiendo con relativa frecuencia, con lo cual basta en la parte general del Código Penal su mención legal (aunque sea escueta y deficiente) en las reglas de autoría y participación, sin necesidad de indicar expresamente, por ejemplo, las clases y requisitos para existencia de la autoría y participación.

Interpretar las normas (aunque escuetas y deficientes) de la parte general es tarea primordial de la dogmática jurídico-penal, antes que la del legislador ordinario. De tal manera que no tenía asidero jurídico lo planteado por la defensa técnica de los condenados, en el sentido de que no podía aplicarse la autoría mediata por dominio de organización porque en 1991, fecha de vigencia del actual Código Penal, recién se contemplaba dicho título de imputación, y los hechos que por los que fueron juzgados y condenados a Abimael Guzmán Reynoso y su organización sucedieron mucho antes, bajo la vigencia del derogado Código Penal de 1924, que no contemplaba a la autoría mediata, ni mucho menos la autoría mediata por dominio de una organización no estatal.

## 13. Algunas reflexiones conclusivas

1. El fallo de Abimael Guzmán debe servir como precedente fundamental para otros supuestos judiciales donde se presente de por medio una organización criminal **no estatal**, ya que, como es sabido, esta particular forma de imputación, ha estado ligada en el Derecho comparado a aparatos de poder de

(189) Por eso la sentencia de fecha 13 de octubre de 2006 (Expediente acumulado N° 560-03), en el caso Abimael Guzmán Reynoso y otros, se destaca algo curioso planteado por la defensa técnica de los acusados: "Por eso solo un desconocimiento de las instituciones dogmáticas puede darse pie a un argumento como la esbozada por la defensa de los acusados cuando sostiene que: 'ha planteado como argumentos defensivos diversas objeciones contra la aplicación de la autoría mediata por dominio en la organización como criterio de imputación individual. Sostiene la defensa, que la tesis de Roxin sobre autoría mediata por control de organizaciones de poder no es aceptada mayoritariamente ni en la doctrina ni en la jurisprudencia comparada, en este último caso solo se ha dado en casos de delitos cometidos por agentes del Estado. La autoría mediata recién se halla contemplada en el Código Penal de mil novecientos noventa y uno, por lo tanto no es aplicable retroactivamente para hechos producidos bajo la vigencia del Código Penal derogado".

forma estatal (con estructura reglada-militarizada) como el caso Hitler en Alemania o Videla en Argentina. En consecuencia, es la primera vez que se aplicó en el Perú la autoría mediata en estructuras **terroristas**, ahí su trascendencia.

2. La aparición de la fórmula de la "autoría mediata por dominio de la organización" responde al hecho de que las demás categorías penales de la intervención delictiva (llámese coautoría-inducción-complicidad) resultan ser insatisfactorias para explicar y resolver los casos de intervención de los que dirigen y controlan una organización (criminal). Dominar la organización significa dominar un conjunto de personas que están unidas bajo un mismo objetivo y designio criminal. El hombre de atrás no domina la voluntad del ejecutor de modo directo, sino solo indirecto a través del aparato de poder, que no es poco si tenemos en cuenta dos factores: primero, lo decisivo de la conducción del aparato, y segundo, la vinculación, la pertenencia y subordinación por parte del ejecutor a la jerarquía del aparato. La responsabilidad en este caso debe ser identificada en el autor mediato y no en el intermediario o sujeto fungible.

3. De acuerdo con la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de Terrorismo en el caso Abimael Guzmán Reynoso, este es responsable de los delitos imputados porque correctamente se le considera autor mediato por dominar una organización no estatal, realizada con dolo directo de primer grado. Es decir, Guzmán Reynoso es responsable de los procesos causales normales derivados de un comportamiento inequívoco de haber decidido la ejecución de varias personas. Resulta obvio que Guzmán Reynoso en la mayoría de veces no ha estado físicamente en el lugar de los hechos, más bien su actuación ha estado ligada a dominar –objetiva y subjetivamente– la organización "Sendero Luminoso", pero dicho dominio no se realizó a nivel de coautoría que implica horizontalidad, sino a nivel de autoría "mediata", que implica verticalidad. Además, sin perjuicio de lo dicho, el correcto título de imputación penal para Abimael Guzmán era el de coautoría mediata y no de una autoría mediata individual, ya que el dominio estaba compartido con su coacusada Elena Albertina Iparraguirre Revoredo, según lo señala la propia sentencia.

4. Como habíamos destacado, la trascendencia del fallo es que se aplica a organizaciones no estatales, es decir, a una organización terrorista ("Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso"); en consecuencia, siempre se mantuvo al margen del ordenamiento jurídico (desvinculada del Derecho). Ahora bien, la pregunta que surge es: ¿El "Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso" era verdaderamente una organización jerárquica y reglada donde existían deberes de obediencia, al igual de lo que se plantea en una organización de poder estatal? A mi entender, sí podría hablarse de una organización,

pues había una división de trabajo y jerarquías de funciones. En ese sentido, los diversos comités subordinados preparaban balances que elevaban a la Dirección Central para su evaluación, en los que consignaban el número de acciones y particularmente las acciones más destacadas, que podían ser aquellas que tenían una gran repercusión por la magnitud de los daños personales. De esta manera la cúpula controlaba el accionar de los ejecutores, adoptando medidas correctivas cuando no se había cumplido con lo planificado, formulando recomendaciones, como elevar la cantidad y calidad de aniquilamientos o la contundencia de los sabotajes o la realización de nuevos procedimientos como los asaltos de demolición, que suponían una combinación de procedimientos violentos, a fin de obtener de esa manera resultados catastróficos que se tradujeran en estados de conmoción en las poblaciones.

5. El hecho de que sea fungible o intercambiable un integrante de la organización, hace que el "hombre de atrás" sea considerado como autor (mediato) de los delitos que se cometan en el marco de funcionamiento de la organización. Así las cosas, la autoría mediata por dominio de la organización puede ser considerada como un dominio del hecho "macro" de corte jurídico-normativo por dos cuestiones: primera, porque se domina a un número determinado de personas que se encuentran al interior de la organización; y segunda, porque dicho dominio se realiza en función de a una maquinaria criminal –estatal o no– que opera en el transcurso del tiempo. Efectivamente, como dice la sentencia, Abimael Guzmán y Elena Iparraguirre tenían el dominio de la voluntad de la organización no estatal Sendero Luminoso, y en ese contexto, es que se perpetraron los hechos punibles por décadas.

## VII. La coautoría

### 1. Base legal y consideraciones generales

Para la definición de la coautoría tendremos que partir del artículo 23 del Código Penal peruano que prescribe lo siguiente: "El que realiza por sí o por medio de otro el **hecho punible** y los que lo **cometan conjuntamente** serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción".

En consecuencia, dos son los datos saltantes de la definición legal: el "hecho punible" y los que lo "cometan conjuntamente".

La coautoría se ha presentado como recurso fácil para imputar responsabilidad penal con base en su supuesto vínculo de **solidaridad**, que hace que la

aportación de uno valga para todos los demás(190). Resulta claro, entonces, que en la coautoría el curso del acontecimiento típico depende de una comunidad de personas. Para que haya coautoría el que interviene en el hecho debe realizar este como **propio**. Al contrario, la intervención en el hecho de otro (del autor principal) dará lugar a la participación si se dan sus presupuestos. Cada uno de los coautores puede realizar solo parte del hecho o realizarlo completamente. Coautor es aquel que tiene los atributos y cualidades exigidos para configurar al autor y que concurre con otro u otros a la comisión de un hecho delictivo común, sea que uno lo realice en su totalidad o que cada uno lleve a cabo una parte de la acción típica, o que del mismo modo todos se valgan de otro u otros, que actúan como instrumento, para cometer el hecho(191).

Por eso, siguiendo a Fierro, hablamos de coautoría cuando de la pluralidad de sujetos activos que caracteriza a un supuesto de participación, dos de ellos, por lo menos, han intervenido en los actos consumativos, ya sea ejecutando cada uno la acción típica descrita por la respectiva figura penal, desdoblando la acción típica cuando ella se integra por distintos elementos y es susceptible de tal comportamiento, lo que ocurre en los llamados delitos compuestos. En estos casos, ambos o varios, según se trate, son coautores en tanto hayan ejecutado la totalidad o parte de la acción definida por el tipo respectivo(192).

El profesor Welzel anota que la "coautoría es en sí misma una forma de autoría, al lado de la autoría sola. Coautoría es autoría"(193). Por lo tanto, los elementos de esta última deben ser compartidos por el coautor. En este sentido, el coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales), así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto. Coautoría, en el sentido de coejecución de la acción típica, solo es posible en los delitos dolosos de comisión. En la coautoría existen requisitos objetivos: realización común y aporte necesario, y subjetivo: decisión común.

(190) SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. "Mutuo acuerdo y el exceso de algún interviniente en casos de coautoría. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo español del 11 de mayo de 1994". En: CDJP, N 10-B, 2000, p. 600.

(191) FIERRO, Guillermo. *Teoría de la participación criminal*. Buenos Aires, 2001, pp. 401-402. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires, 1999, p. 501.

(192) FIERRO, 2001, pp. 401 y 402.

(193) WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Traducción de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, 1956, p. 116. COBO VIVES M. / VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte general*. Valencia, 1991, p. 576 "La coautoría es, conforme a lo expuesto, verdadera autoría (...)".

Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar indican que "será coautor el que realice un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma concretamente planeada. Cuando sin ese aporte en la etapa ejecutiva el plan se hubiese frustrado, allí existe un coautor"(194). La coautoría se rige por el principio de imputación recíproca, y sus requisitos son: decisión común (aporte subjetivo del hecho) que determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas, en otras palabras, el acuerdo de voluntades. Luego tenemos la realización común (aporte objetivo del hecho) que se fundamenta en el principio de división del trabajo, que a su vez se fundamenta en dos aspectos: a) plan común, y b) contribución objetiva a la realización del hecho. Además, cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás, formándose un todo unitario, realizado en la etapa de los actos de ejecución. Debe tenerse en consideración que, desde el punto de vista del Derecho Penal funcionalista, también se han fundamentado los niveles de coautoría(195)(196).

(194) ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, 2000, p. 753. Solo una postura como la de ROXIN. *Autor y dominio del hecho en Derecho Penal*. 1997, p. 387, puede servir de fundamento de punición del coautor en requerir la acción ejecutivo del Funcionario Público. Así, este autor estima que el dominio del hecho no basta en los delitos de infracción para fundamentar coautoría, la cuestión hay que plantearla de modo radical: ¿Resulta necesario el dominio conjunto del curso del hecho al menos junto a la infracción del deber, o no hace falta? A mi juicio –dice Roxin– hay que descartar completamente la idea del dominio del hecho. Piénsese en que dos sujetos han de administrar conjuntamente un patrimonio. Ambos conciben el plan de embolsarse los caudales a su cargo. En la ejecución, sin embargo, la transacción decisiva la lleva a cabo solo uno de los administradores, mientras que el otro solo lleva a actuar en la fase preparatoria o a favorecer el plan. Aquí no se da una dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio del hecho. No obstante, ambos tienen que ser autores de la administración desleal, pues también el que objetivamente se limita a auxiliar infringe el "deber de salvaguardar intereses patrimonialmente ajenos" que le incumbe, infringiéndole "así un perjuicio a aquel por cuyos intereses tenía que velar".

(195) "El comportamiento de todos y cada uno de los intervinientes debe ser interpretado conforme al mismo patrón en lo que se refiere a la creación y al incremento del riesgo, presentándose así como reparto de tareas. Es necesario que el esquema de interpretación sea tenido recíprocamente como vinculante, ya que solo de este modo la aportación propia expresará para el agente mismo y para el otro o a los otros intervinientes un sentido conjunto, es decir, representará la 'voluntad' coincidente de todos los intervinientes". KINDHÄUSER, Urs. "Cuestiones fundamentales de la coautoría". En: CDJP, N 15, 2003, p. 63. "Los coautores, al haber unido sus círculos de organización en función de un determinado esquema de interpretación, reconocido recíprocamente como vinculante y referido a un riesgo no permitido concreto, actúan simultáneamente por sí mismos y por el otro o los otros. En tanto se muevan dentro del esquema común de interpretación, cometen un hecho, que consiste en la creación del riesgo que se determina a partir de ese esquema común de interpretación. Puesto que a todo coautor se le imputan acciones de los demás como propias, el riesgo no permitido en cuestión le incumbe directamente del mismo modo que al autor individual".

(196) La jurisprudencia argentina también ha delimitado los contornos generales de la coautoría. "Habrá codominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin esa contribución al hecho no hubiera podido cometerse de acuerdo con la modalidad comisiva elegida (…). La esencialidad se satisface si el aporte encierra un determinado grado de importancia funcional, de modo que la colaboración de cada uno de ellos mediante el desempeño de la función que le corresponde, se presenta como una pieza esencial para la realización del plan general (…) En cuanto al momento del aporte resulta fundamental que se produzca durante la

## 2. El principio de imputación recíproca

La coautoría produce el efecto de la recíproca imputación de las distintas contribuciones parciales, esto es, cada coautor es responsable de la totalidad del suceso y no solo de la parte asumida en la ejecución del plan(197). El principio de imputación recíproca de la coautoría como problema de la tipicidad (o del injusto) encuentra su **punto límite** a través del principio de culpabilidad. En la coautoría la resolución común permite la recíproca imputación directa de todos los aportes al hecho.

Aquí no rige –como en la participación– el principio de accesoriedad, de modo que no se trasladan las eximentes de uno de los coautores a los otros; y el principio de ejecución es único con independencia. Como es sabido, respecto a todos los problemas que se susciten al interior del injusto penal (acción, tipicidad y antijuricidad), la ciencia penal ha dicho que deben ser tratados en forma impersonal-abstracta. Sin embargo, restaría todavía por verificar el tercer elemento de la sistemática del delito, como es la culpabilidad, es decir, si el sujeto tenía capacidad penal para comprender el carácter delictuoso del acto y si se podía comportar de acuerdo a Derecho.

Bajo el principio de imputación recíproca, basta que solo uno de los coautores funcionales haya sobrepasado la línea mínima de ejecución típica (tentativa de acuerdo con el artículo 16 del Código Penal), para imputarle a todos los intervinientes el delito tentado. En el concepto de coautoría funcional es donde mejor se debe aplicar el principio de imputación recíproca, ya que la funcionalidad –que implica realizar una parte del tipo– de uno de los coautores es la que va a dar pie a la punibilidad de todos. No debe confundirse el principio de la imputación recíproca, que es propio y exclusivo de la coautoría, con el principio de la unidad del título de la imputación, cuyo campo de estudio es mucho más amplio y abarca la teoría de la autoría y participación criminal.

---

ejecución misma del o los delitos. No es posible dominar el hecho si la contribución no se realiza en esa faz. El coautor realiza un tramo de la conducta delictiva previamente trazada y el cumplimiento de ese fragmento es lo que le da su carácter de coautor, no puede serlo quien no cumple ningún fragmento. No basta a ese fin una mera cooperación en la etapa preparatoria del delito, por más importante que ese aporte sea, si él no se completa con otro en la faz ejecutiva, porque en la etapa preparatoria el aporte no supone todavía la función de ninguna parte del dominio del hecho. Dicho de otro modo, quien no cumple ningún fragmento del todo delictivo –sea él ilícito en sí mismo o no–, no puede ser coautor, porque de ninguna manera puede, quien no participa en el hecho, dominar ese hecho" (Cámara Federal San Martín, Octubre 5-989 "Abella, Juan C y otros"). "Respecto de la participación criminal de las nombrados considero que importa para cada uno de ellos un supuesto de coautoría o autoría conjunta. Es necesario para que se dé este supuesto de participación, que haya un codominio del hecho y que los imputados hagan un aporte a la ejecución del delito" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, caso "Calzada, Óscar Hugo y otro)".

(197) CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Ob. cit., p. 393.

Resulta cierto que la coautoría en el fondo es una autoría. La frase tiene mucho de razón ya que si bien todos los actos que realice uno de los coautores redundan en los otros (principio de imputación recíproca), también es cierto que la imputación jurídico-penal debe ser individual, o mejor dicho, la culpabilidad (como categoría del delito) de cada coautor debe ser tratada en forma independiente. Maurach, Gössel y Zipf opinan que la coautoría "se presenta cuando los concurrentes coordinan sus respectivas acciones hacia un resultado anticipado en forma igualitaria por ellos, de una manera tal que dicho resultado se manifiesta como un producto de la actividad unificada: coautoría es la división de trabajo tendiente a un resultado, donde cada uno de los concurrentes tiene el dominio final del hecho con respecto a la globalidad del acontecer"(198).

En consecuencia, aquella frase que acuñara Welzel de que la "coautoría es una autoría" solo sirve para efectos típicos mas no para efectos del análisis sistemático del hecho punible que se pretende enjuiciar, pues quizá uno de los intervinientes en la etapa de ejecución sea un extranjero que no pueda internalizar los mensajes jurídico-normativos de nuestro país, o quizá posea responsabilidad limitada de acuerdo con el artículo 21 del Código Penal. Por lo tanto, el principio de imputación recíproca y el principio de culpabilidad individual deben ser analizados en un orden de **prelación dinámica** y no estática, mirando en todo momento las circunstancias y condiciones fácticas que rodean un determinado caso concreto, donde si bien el injusto penal tiene un poder de alcance amplificador –por su carácter impersonal y abstracto–, dicho poder debe ser neutralizado por un juicio de reproche, como lo es la culpabilidad personal del sujeto enjuiciado.

## 3. Principio de relación de horizontalidad

En términos generales, en la coautoría debe existir una **relación de horizontalidad** entre todos los intervinientes, sea que ingresen al escenario criminal desde el inicio o durante la ejecución. La llamada relación de horizontalidad permite diferenciar la coautoría de la participación criminal, ya que en esta existe una relación de dependencia (principio de accesoriedad) con respecto al autor principal. Además, la horizontalidad permite entender que los aportes que realicen los diversos sujetos, tengan el mismo grado de jerarquía **esencial** a la causa criminal. Por ejemplo, por más que uno de los intervinientes realice un aporte esencial y determinante al ilícito penal, si no tiene, desde una perspectiva concreta, una relación de horizontalidad con los demás, su

(198) MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl / ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general*. 2. Traducción de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995, p. 370.

título de imputación será el de participación, ya que tendrá, por descarte, una relación de dependencia o accesoriedad.

La relación de horizontalidad debe estar de la mano con los procesos de desarrollo del delito, en el sentido de que los coautores serán considerados como tales solo si sobrepasan la línea de ejecución típica. Sobre la fase de ejecución, como criterio mínimo de punibilidad, es donde la mayoría de la doctrina se ha amparado para sancionar el lado objetivo de la coautoría; y no le falta razón, ya que precisamente la tentativa es el estadio mínimo de sanción jurídico-penal no solamente para iniciar un delito, sino también para iniciar la sanción jurídico-penal del coautor, y esto a su vez, para iniciar la sanción al partícipe (principio de accesoriedad cuantitativa).

Ahora bien, la horizontabilidad que debe reinar en el concepto del coautor debe estar en función de los requerimientos que exige el tipo penal correspondiente. No puede haber coautoría en función de un concepto genérico de ilícito penal. No puede imputarse a título de "coautoría" un hecho punible que por más que sea aberrante y haya causado conmoción e impacto social, si antes no se ha verificado una relación de horizontalidad entre los coautores. Esto es a todas luces evidente, más todavía en una materia como el Derecho Penal donde el principio de legalidad debe reinar a plenitud.

En consecuencia, la coautoría debe estar en función **del grado de ejecución de los tipos penales de la parte especial**, no existe otra forma de entender el principio de ejecución común, como dato objetivo. "El límite temporal para la asunción de este acuerdo común se extiende incluso hasta la propia ejecución del hecho, siempre y cuando este no haya alcanzado la etapa de consumación, lo cual dependerá exclusivamente de la naturaleza y alcance de cada una de las modalidades delictivas"[199].

## 4. Las clases de coautoría

En la dogmática jurídico-penal se ha establecido hasta cuatro clases de coautoría:

(199) ABOSO, Gustavo Eduardo. "*Aspectos esenciales de la coautoría funcional y sus consecuencias dogmáticas*". En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.) *Revista de Derecho Penal, Autoría y participación criminal I*. 2005-I, Santa Fe-Buenos Aires, p. 235.

### 4.1. Coautoría paralela

Esta autoría se presenta cuando cada sujeto realiza la acción típica sin mediar un acuerdo previo. En realidad como dicen algunos autores, esta coautoría debería ser tratada como autoría individual(200); por ejemplo, si varios arrojan piedras contra una vidriería cometen cada uno un delito de daños. Otro ejemplo sería: A y B quieren matar a C, entonces A pone una dosis de veneno en el café a C, y B –sin ponerse de acuerdo con A– también pone otra dosis de veneno en el mismo café.

Los coautores son interdependientes alternativamente, tienen necesariamente que estar de acuerdo para poder obrar conjuntamente. Y viceversa: si la aportación del hecho de un interviniente ha contribuido a un resultado, sin estar de acuerdo con los demás, no puede ser coautor; le tiene que haber faltado entonces el conocimiento de la relación mutua, requisito para el ejercicio de la coautoría efectiva(201). Ante la ausencia de tal designio en común, debe advertirse que la autoría paralela no constituye una categoría con sustantividad propia, sino que se trata de la concurrencia de autores individuales que no actúan en coautoría, por lo cual la incertidumbre sobre el curso causal de las diferentes acciones de los que dispararon no puede ser subsanada para imputar a todos ellos el resultado mediante la utilización de este recurso dogmático. En estos casos cada contribución debe ser examinada de manera independiente(202).

En síntesis, en aquellos casos en que no hubo acuerdo, es decir, en que se actuó unilateralmente, no corresponde (como en la coautoría) una imputación común del hecho y su resultado, sino que cada autor debe responder de manera independiente. "Esa carencia la distingue de la coautoría y determina que no sea aplicable el principio de imputación recíproca. A cada uno de los que

(200) Así, la jurisprudencia argentina, en un interesante fallo (C. 22146 - "VARANDO, Jorge E. s/proc. y p.p." - CNCRIM Y CORREC FED - Sala II - 29/12/2004 Buenos Aires, 29 de diciembre de 2004.//-) ha sintetizado las críticas que encierra el concepto de (co)autor paralelo: b) En cuanto a los autores extranjeros, Welzel sostiene que en estos casos, "el hecho de cada uno se aprecia y juzga en sí mismo (obra citada). Y Günter Stratenwerth dice que la expresión independencia de los autores accesorios no se debe entender de otra manera que como la falta de conexión que es propia de la coautoría (obra citada, p. 252 y siguiente). Jescheck, en igual sentido, aclara que la autoría paralela dogmáticamente carece de valor propio, puesto que solo se trata de una coincidencia casual de diversos supuestos de autoría individual (obra citada). Y Santiago Mir Puig postula que "el principio de imputación recíproca se funda en la aceptación por parte de todos de lo que va a hacer cada uno de ellos. Por ello no tendría sentido aplicar el principio respecto de quien interviene unilateralmente. Su contribución ha de enjuiciarse de forma independiente. Se habla entonces, como siempre que falta el acuerdo mutuo, de autoría accesoria (que no es verdadera coautoría)" (*Derecho Penal. Parte general*, p. 388, 4ª edición, 1996).

(201) ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Ob. cit., p. 314.

(202) C. 22146 - "VARANDO, Jorge E. s/proc. y p.p." - CNCRIM Y CORREC FED - Sala II - 29/12/2004 Buenos Aires, 29 de diciembre de 2004.//-

intervienen no les puede ser imputado el hecho global, hay que depurar individualmente la responsabilidad de cada una de las personas que intervienen, ajustándola a la concreta conducta realizada"[203]. En cada caso debe verificarse cómo se relaciona la conducta del imputado, en su faz objetiva y subjetiva –fuera del contexto general, pues no hubo un plan común– con el resultado típico.

### 4.2. Coautoría funcional

Esta es la verdadera coautoría y se basa en que cada coautor realiza **una parte** del ilícito penal, esto es, cada uno por sí solo no podría cometer el delito pactado, y solo a través de una división de trabajo se llega al objeto final: la consumación del delito. La coautoría funcional se caracteriza porque se alcanza el merecimiento de pena propio del injusto específico realizando de **forma incompleta o parcial** el tipo; por otro lado, lo peculiar del control del suceso es que solo se logra como consecuencia de la *i***ntervención conjunta de varios sujetos**[204]. El dominio funcional del hecho confirma la tesis de que resulta demasiado estrecho el entendimiento de la "realización del tipo" como ejecución directo-corporal de la acción típica, pero no por ello hay que "difuminar" los límites de la coautoría de tal manera que pudiesen caber dentro de ella los actos preparatorios o de preparación del hecho típico[205].

El dominio funcional del hecho lo tiene, siendo autor, por tanto, todo aquel que le corresponda y preste una contribución independiente y esencial para la realización del tipo –de acuerdo con el plan delictivo conjunto– cuya no prestación interrumpe o desbarata el plan global[206]. Es decir, la coautoría se rige por el principio de imputación recíproca y horizontal de las contribuciones que está complementado con la correalización del tipo. Aquí claramente se vislumbran dos clases de dominio del hecho en la coautoría: "dominio del hecho negativo" y "dominio del hecho positivo". El primer dominio es el poder de interrupción en el transcurso del suceso mediante la no prestación de la contribución. En cambio, el dominio del hecho positivo es tener poder de decisión y configuración sobre el si y el cómo de la ejecución del hecho típico.

(203) SAINZ CANTERO, José. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Tomo III, Barcelona, 1985, p. 183.
(204) DÍEZ RIPOLLÉS. *Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal*, cit. p. 93.
(205) Véase, en este sentido: GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*. En: ADPCP, 1984, p. 110.
(206) PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*. Granada, 1998, p. 244.

a) El dominio **positivo** expresado en la relevancia objetiva-material de la contribución prestada. "Así, por una parte, cada contribución prestada en el marco del plan delictivo ha de tener una **función autónoma**, de tal forma que los intervinientes aparezcan como sujetos emancipados o equiparados mediante un comportamiento del mismo rango (esencial). Pero, en realidad, los sujetos se sitúan de forma plenamente emancipada no solo cuando adoptan el acuerdo de cometer el hecho en pie de igualdad, sino también cuando prestan la contribución que, de acuerdo con el plan del hecho conjunto, les corresponde a cada uno de ellos independiente y responsablemente"(207).

b) El dominio **negativo** expresado en la idea del desbaratamiento del plan delictivo. El poder de interrupción no estaría referido a la posibilidad de hacer fracasar el delito mediante una acción positiva (v. gr. llamando a la Policía), que en todo caso sería una omisión propia, sino a la desbaratar el plan delictivo simplemente dejando de prestar su contribución. La configuración concreta de autoría no depende de la decisión autónoma de otra persona para realizar el hecho criminal, aunque pueda depender negativamente de que otro no decida hacer fracasar el plan, y en este sentido, se diga que posea un dominio negativo del hecho. El partícipe puede tener un dominio negativo, pensemos, por ejemplo, en el cooperador que en el último momento retira su contribución al hecho, pero carece, en todo caso, del dominio positivo característico del autor. La comisión del delito depende en última instancia de la conducta que realice el autor (dependencia fáctica). El único que tiene dominio negativo (para hacer fracasar) y, a la vez, dominio positivo (decisión final de llevarlo a cabo) es el autor. Es él quien decide de forma autónoma sobre la realización típica(208).

El ejemplo más claro sobre la "funcionalidad" de la coautoría (funcional) lo da el propio Roxin, creador de la doctrina funcional en la coautoría: "El interviniente no puede ejecutar nada solo; la intimidación de los empleados del banco o el sujetar a la víctima no realizan el resultado: únicamente si el compinche coopera 'funciona' el plan. Pero también el otro se ve igualmente 'desamparado'; de no quedar inmovilizados los empleados del banco, sería detenido, y de no sujetar nadie a la víctima, esta se defendería o huiría. Así pues, para ambos la situación es la misma: solo pueden realizar su plan actuando conjuntamente; pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación. En esta medida cada uno tiene el hecho en sus manos"(209). Aquí sí existe el "acuerdo común".

(207) PÉREZ ALONSO, 1998, p. 247.
(208) BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia, 2000, p. 141.
(209) ROXIN, 1998, p. 307.

Bacigalupo dice: "El codominio del hecho en la autoría presupone la **comisión común del hecho**. De acuerdo con ello habrá codominio del hecho cuando los coautores se dividen funcionalmente las tareas de acuerdo con un plan común; sin un plan que dé sentido unitario a la acción de cada uno, no puede haber coautoría"(210).

En esta clase de coautoría funcional se han presentado tres casos problemáticos: "el campana", el "jefe de la banda" y el "entregador". Los aportes parciales de cada uno de ellos carecen de una autonomía propia y solo pueden ser valorados como piezas integrales e insustituibles del plan delictivo genérico.

Díez Ripollés apunta que: "El acceso típico se caracteriza porque se alcanza el merecimiento de pena propio del injusto específico realizando de **forma incompleta o parcial** el tipo; por otro lado, lo peculiar del control del suceso es que solo se logra como consecuencia de la **intervención conjunta de varios sujetos**"(211).

Por su parte, Fernández Sánchez(212) apunta que si hablamos del dominio funcional del hecho, se debe a que no es necesario que cada coautor lleve a cabo la ejecución del delito, sino que basta con su aportación al hecho en función de la división de trabajo entre los intervinientes. Es decir, basta con que funcionalmente pueda dominar la ejecución de hecho típico aunque no sea el que lo ejecuta materialmente.

Asimismo, Hurtado Pozo dice, respecto de la coautoría funcional, que "se enumeran las siguientes condiciones: a) decisión común: entre los intervinientes ha existido decisión común de realizar extorsión; b) aporte esencial: el aporte individual que ha realizado cada uno de los acusados es y ha sido esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte podría haberse frustrado el plan de ejecución, y c) tomar parte en la fase de ejecución: cada acusado ha tenido un dominio parcial del acontecer, circunstancia que da contenido real a la coautoría"(213).

(210) BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires, 1994, p. 175.
(211) DÍEZ RIPOLLÉS. *Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal*. Ob. cit. p. 93.
(212) FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, María Teresa. "Autoría y participación en la criminalidad organizada". En: DIEGO DÍAZ-SANTOS, Mª Rosario y SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia. *Hacia un Derecho Penal sin fronteras*. Madrid, 2000, p. 36.
(213) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*. Lima, 2005, p. 876.

Estas consideraciones también son recogidas en la jurisprudencia peruana. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N° 4647-95 de fecha 25 de enero de 1997, ha dicho que:

> "Su participación en el evento delictivo es el de ejecutor en sentido estricto, y la del segundo de los nombrados, el de actor vigilante según la división de tareas acordada previamente, y por tanto, a este último le alcanza responsabilidad en calidad de coautor funcional, por cuanto conjuntamente con sus procesados planificaron y acordaron la comisión de dicho evento delictivo, distribuyéndose el trabajo a realizar por cada uno de ellos en la ejecución del mismo y teniendo el codominio del hecho al momento de su perpetración, determinándose la realización en común del delito, por parte de todos los coprocesados en la relación de interdependencia funcional de los agentes, fundamentada sobre el principio de la división del trabajo, todo lo cual da origen a una imputación recíproca, en el sentido de que lo que ha sido realizado por los ejecutores en sentido estricto le son también imputables a los otros"(214).

En otra jurisprudencia, la Sala Penal de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad N° 6017-97 de fecha 11 de marzo de 1998, señala los elementos de la coautoría:

> "a) decisión común: toda vez que entre los intervinientes existe una decisión común de realizar el robo, lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales que posibilita una división de trabajo, o distribución de funciones orientado al logro exitoso del resultado; b) aporte esencial: el aporte individual realizado por cada agente ha sido esencial o relevante, de modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte, puedo haber frustrado todo el plan de ejecución; c) tomar parte en la fase de ejecución: cada sujeto al tomar parte en la ejecución ha desplegado un dominio parcial del acontecer, dando así contenido real a la coautoría, por los que les corresponde a todos los encausados la misma sanción"(215).

La Corte Suprema también ha sostenido que: "Los procesados tiene la calidad de coautores, pues el conjunto de su actuación denota que planificaron y acordaron su comisión, distribuyéndose los aportes en la base al principio de reparto funcional de roles, sea en los preparativos y en la organización del delito, en el acto de secuestración, en la retención del menor como rehén, y en el pedido de rescate, lo que significa que todos tuvieron un dominio sobre la

(214) ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal*. Tomo I, Lima, 1999, p. 164.
(215) Ibídem, p. 161.

realización del hecho descrito en el tipo penal"[216]. Por último, existe una sentencia del Tribunal Constitucional peruano que ha definido a la coautoría (funcional) en los siguientes términos: "Es una virtud del principio de reparto funcional de roles y de las contribuciones de los intervinientes en el ilícito penal que establecerá su intervención delictiva"[217].

Debemos tener en consideración que la coautoría funcional no resalta que el autor esté físicamente en la etapa ejecutiva del delito en cuestión, sino más bien que el coautor realice un aporte esencial al hecho criminal. Por ello, la coautoría funcional demanda una base legal, porque de lo contrario puede parecer violatorio de la legalidad que quien no realiza más que una parte del acto típico sea considerado autor, aunque ello no supone que se trata de una mera creación del legislador, dado el claro límite óptico que respeta esta forma de autoría[218].

Díez Ripollés ha dicho al respecto: "En cuanto a los criterios materiales extralegales frecuentemente utilizados, como los de dominio del hecho, dominio objetivo-positivo, etc., carecen de legitimación para sustituir a los legales, dada la existencia de una definición legal y de su desarrollo precisamente a través de determinados criterios materiales. Ello no les priva de su virtualidad, pero esta queda confinada a la concreción de lo que sea realización del hecho y siempre que sean susceptibles de integrarse en el ámbito de los criterios materiales legales"[219].

A diferencia de lo que sucedía bajo la regulación del Código peruano derogado, el cual establecía que debían "tomar parte en la ejecución", no es necesario actualmente interpretar el artículo 23 del Código Penal en el sentido de que los participantes deben realizar actos ejecutivos, es decir, en el sentido que la teoría objetiva da a la fórmula la "comienzo de la ejecución" utilizada respecto a la tentativa[220].

Por eso resulta de algún modo contradictorio que en un mismo razonamiento se sostenga el cumplimiento del tipo y, a la vez, se acoja la teoría del

(216) Sala Penal Permanente, RN Nº 488-2004-Lima. ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth. *Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 130.

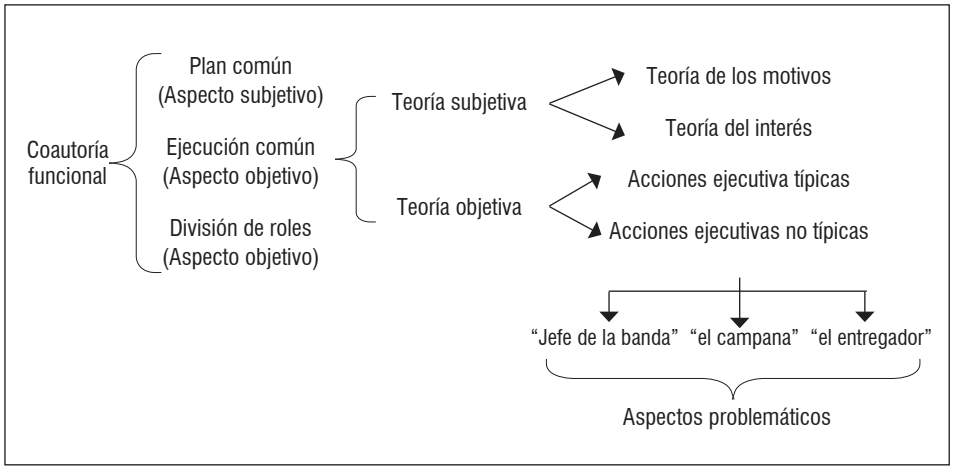
(217) Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente Nº 180-2005-HC-TC, en el caso "Máximo Humberto Cáceda Pedemonte", en el considerando 37.

(218) ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires, 2002, p. 785.

(219) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. " Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal". En: DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *Revista de Derecho Penal*. 2005-2, Santa Fe - Buenos Aires, p. 91.

(220) HURTADO POZO. Ob. cit., 2005, p. 878.

dominio funcional del hecho, como lo ha hecho nuestra Corte Suprema al decir que: "Es autor y no cómplice aquel que ha realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo, lo que permite afirmar a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho, que los sentenciados han sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección del acontecer habiendo tenido a la vez la posibilidad de evitar el resultado"(221).




### 4.3. Coautoría sucesiva

Se trata de la incorporación de un coautor durante la ejecución del hecho, siempre y cuando la totalidad del delito todavía no se haya cometido. El coautor sucesivo se hace corresponsable por las contribuciones fácticas que conozca y hayan sido realizadas por los demás intervinientes, en tanto le aprovechen y él secunde con su intervención(222). Se da cuando una persona toma parte en un hecho iniciado, ensamblando su actuación con la del autor, para lograr la consumación. No se requiere un acuerdo expreso. La coautoría sucesiva se da cuando una persona toma parte en un hecho cuya ejecución comenzó en régimen de autoría única por otro sujeto, con el fin de que, enlazando su actuación

(221) En la sentencia de fecha 9 de junio de 2004 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en el Expediente Nº 23-2004-Ucayali.

(222) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 618.

con la de este, se consume el delito, no requiriéndose de acuerdo expreso para tal fin[223]. Ejemplos:

- Tres coautores A, B y C acceden clandestinamente a un banco y se dan cuenta de que, a pesar de que se encuentran en el lugar donde está la caja fuerte, con lo cual están cerca de su meta, necesitan para abrir la caja fuerte de un especialista en electrónica. Este es finalmente encontrado y facilita con su conocimiento el apoderamiento del contenido de la caja fuerte"[224].

- La sentencia del BGH (Tribunal Supremo Federal) tiene un interesante caso al respecto: "P habría cometido robo con fractura en un quiosco, sustrayendo una parte de los alimentos y llevándolos a la vivienda de un conocido suyo, N, a quien despertó, le contó el robo e hizo que le ayudase a acarrear el género que quedaba en el quiosco todavía abierto. Más tarde ambos se repartieron todo el botín. Aquí el BGH, como P desde el principio quiso perpetrar el delito en dos acciones parciales, decide castigar a N como autor de robo con fuerza. El supuesto de hecho evidencia, en cambio, que no cabe hablar de coautoría de N en el robo con fuerza del que solo con posterioridad sabe"[225].

No puede pretenderse que en un delito de injuria verbal, que es un delito, por tradición, de mera actividad (unisubsistente) pretenda hablarse de una coautoría sucesiva, ya que la consumación formal ya se produjo en el mismo instante en que el sujeto activo habló denigrantemente hacia el sujeto pasivo. Es decir, que la estructura típica del artículo 130 del Código Penal peruano no permite que el concepto de coautoría sucesiva se cumpla a cabalidad, ya que el recorrido del proceso aumentativo de ejecución del delito de injuria verbal no permite incorporar "nuevos" autores. En todo caso, podrá hablarse de varios autores individuales de delitos de injurias; si el mismo sujeto injurió varias veces a una misma persona se configurará un delito continuado; y si dos

(223) Según la jurisprudencia, exige los siguientes requisitos:
   a. Que alguien hubiere dado lugar a la ejecución del delito.
   b. Que otro u otros, posteriormente ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
   c. Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por este, no bastando el simple conocimiento.
   d. Que cuando intervengan los que no participaron de los actos de iniciación aún no se haya producido la consumación.

(224) GÖSSEL, Karl Heinz. "Coautoría sucesiva y teorías de la autoría". Traducción de Patricia B. López. En: DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *Revista de Derecho Penal*. Autoría y participación criminal I, 2005-I, p. 55.

(225) ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1998, p. 319.

sujetos a la vez injurian a la misma persona podría darse una coautoría paralela, ya que ambos realizan la totalidad del injusto penal, pero no de una coautoría sucesiva.

Podría hablarse de una coautoría sucesiva cuando los procesos de desarrollo de un delito ofrezcan márgenes de lesividad al bien jurídico y un manejo del curso causal mucho más amplios, donde la incorporación a la ejecución del delito de los "nuevos" sujetos sea todavía típica, es decir, no consumada. La pregunta que salta a la vista es si los resultados típicos ya producidos pueden ser imputados a los nuevos sujetos que se incorporaron al plan criminal. A mi juicio, los resultados típicos que ya se produjeron no pueden ser imputados a los nuevos sujetos, si no se estaría vulnerando el principio de imputación subjetiva, que indica que un sujeto solo puede responder ante la ley penal a título de dolo o culpa, aunque podría discutirse el tema del dolo eventual en los nuevos sujetos.

### 4.4. Coautoría mediata

Esta forma de coautoría se presenta cuando existen varios coautores que "instrumentalizan" o "mediatizan" a un sujeto –sujeto intermediario– para realizar la conducta punible. Vale destacar que la coautoría, de igual forma que la autoría, queda constituida no solo por la inmediata intervención del autor en el hecho, sino que también dicho modo de participación tiene lugar cuando sucede en forma mediata, o simplemente cuando el individuo cumple una parte del accionar delictivo de carácter determinante para la resolución final del mismo. Es cuando existen varios coautores, con dominio funcional del hecho y a la vez con dominio de la organización criminal (en la versión de Roxin de autoría mediata). Como se dijo, se trata de una mixtura de **horizontalidad** entre los mandos superiores (coautoría) y **verticalidad** por la subordinación o instrumentalización hacia la organización (autoría mediata)[226].

La autoría mediata o la comisión "a través de otro" tiene una estructura vertical (en el sentido de un curso de arriba hacia abajo, del motivador hacia el ejecutante); la coautoría o la comisión "conjunta", por el contrario, está estructurada horizontalmente (en el sentido de estar al lado de otro entre los coautores). Ejemplo: A y B quieren matar a C y para ello le dicen a un menor de edad

(226) AMBOS, Kai y GRAMMER, Christoph. *La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käseemann. Una cuestión de dominio del hecho por organización.* En: CDJP, Nº 16, p. 166 "(...) se desconoce, particularmente, que la realización en coautoría se basa en una estructura horizontal, mientras que en los casos en cuestión predomina una estructura vertical entre el que ordena y el subordinado".

que lleve un paquete –que contiene una bomba– hacia el auto donde se encuentra C. La bomba es llevada a su destino y explota al poco tiempo muriendo C.

Si la imputación se hace en función a la coautoría mediata, es decir, coautoría vs. autoría mediata, la doctrina se inclina en aceptar las reglas de esta última(227).

#### 4.4.1. Coautoría mediata funcional

Existe coautoría funcional mediata, cuando hay más de un coautor y cada uno realiza una parte del tipo penal. Se caracteriza por que estos coautores se encuentran fuera del escenario donde se ejecutó el hecho criminal, ya que para que exista una autoría (funcional) mediata debe acreditarse que entre el autor mediato y el instrumento existe subordinación. Generalmente, para hablar de este tipo de coautoría debe verificarse, además, que el coautor mediato haya dominado efectivamente la "organización" y no solo un instrumento humano. Por ejemplo, dos sujetos planean robar un banco y para ello utilizan a un menor de edad, que es el único que logra entrar al banco y apoderarse del dinero.

#### 4.4.2. Coautoría mediata paralela

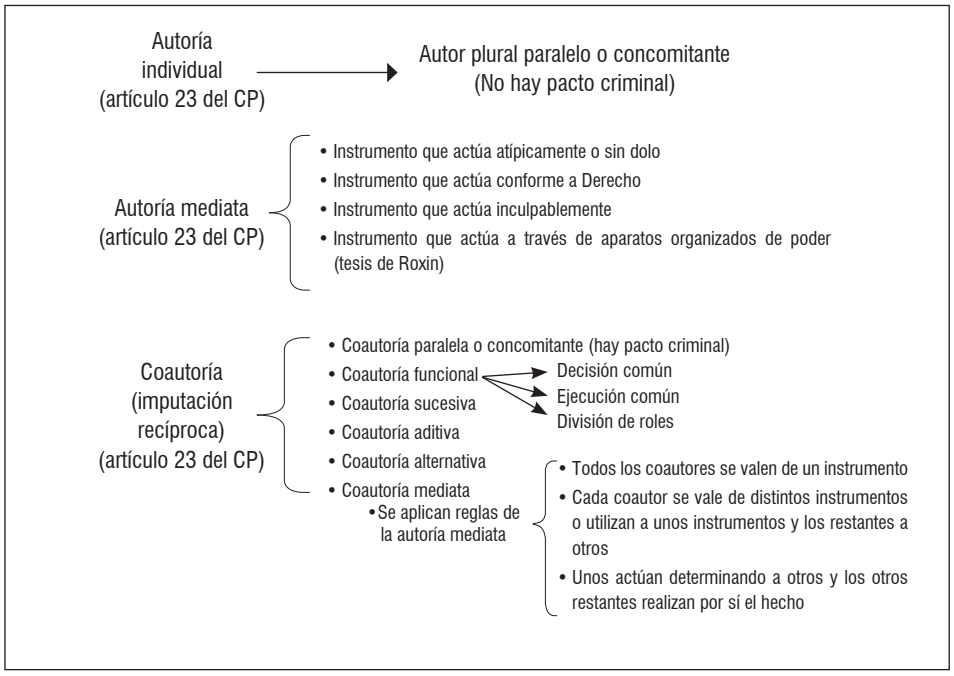
La coautoría paralela mediata se caracteriza por que cada autor ha realizado la totalidad del tipo penal por cuenta propia, es decir, no hay una decisión en común y, además, mediante un instrumento. Por ejemplo, dos sujetos quieren matar a otro mediante veneno. Cada sujeto, y sin mediar acuerdo criminal, coloca a través del camarero en la bebida de la víctima casi simultáneamente la dosis mortal. Ambos sujetos, en principio, son autores individuales del homicidio porque no hubo pacto criminal entre ellos, pero a la vez son autores mediatos porque se valieron del camarero (instrumento humano que obró con ausencia de dolo –error de tipo–) para tal propósito.

### 4.5. Coautoría accesoria

Esta se define cuando dos o más personas sin común acuerdo, actuando cada uno de forma independiente y desconociendo la actuación de la otra, producen el resultado lesivo o peligroso. Es una autoría individual con un resultado provocado en forma casualmente coincidente, dada la fortuita convergencia

(227) Véase, en este sentido: ROXIN, Claus. "La autoría mediata por dominio en la organización". Traducción de Manuel Abanto Vásquez. En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.). *Revista de Derecho Penal.* Autoría y participación II, Santa Fe - Buenos Aires, 2006, p. 20, amparándose en una cita de Bloy.

de las actuaciones de voluntad[228], lo que implica que cada autor accesorio responderá únicamente por lo realizado por sí mismo, a diferencia de lo que ocurre en la coautoría en la que el coautor responde del conjunto. Los casos más frecuentes de autoría accesoria se dan en forma culposa, ya sea por comisión u omisión; por eso se dice que no cabe hablar de coautoría imprudente, sino de autoría accesoria imprudente[229].


Autoría individual (artículo 23 del CP)
Autor plural paralelo o concomitante (No hay pacto criminal)
Autoría mediata (artículo 23 del CP)
• Instrumento que actúa atípicamente o sin dolo
• Instrumento que actúa conforme a Derecho
• Instrumento que actúa inculpablemente
• Instrumento que actúa a través de aparatos organizados de poder (tesis de Roxin)
Coautoría (imputación recíproca) (artículo 23 del CP)
• Coautoría paralela o concomitante (hay pacto criminal)
• Coautoría funcional
Decisión común
Ejecución común
División de roles
• Coautoría sucesiva
• Coautoría aditiva
• Coautoría alternativa
• Coautoría mediata
• Se aplican reglas de la autoría mediata
• Todos los coautores se valen de un instrumento
• Cada coautor se vale de distintos instrumentos o utilizan a unos instrumentos y los restantes a otros
• Unos actúan determinando a otros y los otros restantes realizan por sí el hecho

## 5. Toma de posición: Sobre el dominio funcional típico

Como hemos dicho, en el plano objetivo, la coautoría es la ejecución del hecho en común, esto es, todo coautor debe contribuir objetivamente al hecho con un aporte esencial (porque de lo contrario habría solo complicidad) prestada en la fase de ejecución del delito (pues de prestarse en la fase de preparación se daría la cooperación necesaria). Por tanto, solo puede existir coautoría si la correalización del hecho tiene lugar durante la ejecución, mientras

(228) MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl / ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general*. 2. Traducción de Jorge Bofia Genzsch, Buenos Aires, 1995, p. 388. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Lima, 1987, p. 531 sostiene que el concurso de tales acciones puede deberse al azar, destacando el hecho de que la autoría accesoria no tiene relevancia en dogmática debido a que se trata del concurso fortuito de varios casos de autoría individual (propiamente dicho).

(229) Véase, en este sentido: GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*. Madrid, 1988, p. 140.

que en los demás casos –durante la preparación– solo cabe considerar la cooperación. La esencialidad del aporte debe ser entendida como un aporte sin el que el delito no hubiera podido cometerse(230).

Asimismo, solo puede ser coautor quien también es autor idóneo, por lo que la coautoría en los delitos de propia mano requiere la realización personal de la acción típica de todos los coautores, y en los delitos especiales, que en ellos recaiga la cualidad requerida en el tipo. Como se vio, la fórmula empleada por el legislador requiere aún una mayor precisión, que permita determinar materialmente quién es autor. La teoría del dominio del hecho permite explicar satisfactoriamente la coautoría que, en suma, permite la distinción entre autor y cómplice.

En la coautoría existe un dominio del hecho común. Conforme a este criterio, todos los intervinientes deben compartir la decisión conjunta de realizar el hecho y, además, cada uno ha de aportar objetivamente una contribución al hecho que, por su importancia, resulte cualificada para el resultado y vaya más allá de una acción preparatoria; por ello, la concurrencia de intervenciones tiene que tener lugar en la fase de ejecución del delito. Hasta acá todo lo concerniente a la conocida teoría funcional del hecho, que de alguna manera está vinculada a las palabras empleadas por el legislador; sin embargo, dicho dominio funcional debe, además, ser entendido a través de un criterio restrictivo.

Así, para enjuiciar una conducta a título de coautoría es preciso detenernos en dos consideraciones: el **control del suceso** y el **acceso a la descripción** *típica.* Una persona puede tener un control absoluto y soberano del acontecimiento delictivo, ya sea en forma de autor inmediato o mediato o en forma de coautoría; tiene lo que para muchos sería el dominio del hecho. Sin embargo, con esto todavía no debería hablarse de una imputación penal por autoría ya que resta por verificar si dicho control del hecho fáctico tiene un correlato con el tipo penal que está cometiendo, esto es, si el control del hecho, o mejor del curso causal iniciado, tiene "acceso" a la descripción típica.

El acceso a la descripción típica está condicionado a los medios que prevén los tipos penales. Hay tipos en la parte especial que solo se pueden cometer de determinada forma, porque son delitos de propia mano, delitos de intención, o delitos especiales con una determinada forma de comisión. En estos casos, la referencia al tipo penal es la que da la "partida de nacimiento" para ingresar a la esfera típica (punible) como también emite la correspondiente "partida de defunción" cuando no se subsume la calidad de autoría a la tipicidad imputada.

(230) CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Ob. cit., p. 392.

Por ello, las posibilidades de imputar penalmente a un sujeto el título de coautoría dependerán de cómo estén estructurados los tipos de la parte especial o leyes especiales:

- Así, si se trata de **tipos monosubsistentes** o de estructura simple como el delito de homicidio (artículo 106 del Código Penal), los autores tienen solo una conducta típica, cual es "**co-matar**" a la víctima. Lo mismo tendría que decirse del delito de hurto (artículo 185 del Código Penal), en el cual tiene que "**co-sustraerse la cosa mueble total o parcialmente**".

- Lo mismo tiene que decirse de los tipos penales que tiene una **estructura conductual alternativa cerrada**, como puede ser el delito de supresión o alteración del estado civil (artículo 143 del Código Penal), donde solo puede ser coautor de dicho aquella persona que **coaltera** o **cosuprime** el estado civil de otra persona, ya que el tipo penal no permite otra forma conductual que lesione el bien jurídico "estado civil". Lo mismo tiene que decirse del delito de violación sexual (artículo 170 del Código Penal), que solo lo puede cometer –en coautoría– el que ejerce una **coviolencia** o el que **coamenaza gravemente** a la víctima. En el delito de peculado doloso (artículo 387 del Código Penal) solo puede ser coautor el funcionario público que **coutiliza** o se **coapropia** de los caudales o afectos de los bienes públicos.

- Especial consideración debe tenerse en aquellos tipos penales que tienen una **estructura conductual alternativa abierta**, es decir, que admiten una interpretación analógica en su tipicidad objetiva. Así, en el delito de estafa (artículo 196 del Código Penal), solo será coautor aquella persona que mediante engaño, astucia, ardid u **otra forma fraudulenta** mantiene en error a la víctima, y **coengaña**, o en general, **codefrauda** a la víctima.

## 6. Sobre los requisitos de la coautoría (funcional)

Ha sido en la coautoría funcional donde la doctrina ha realizado los tres requisitos comúnmente conocidos:

### 6.1. Pluralidad de agentes: Dos o más autores

Existen determinados delitos que necesariamente tienen que ser cometidos por más de dos sujetos (v. gr. el delito de rebelión), donde resulta imposible la consumación sin el concurso de varias personas. Ahora bien, el Derecho Penal cataloga a estos sujetos ya como autores del delito. Es decir, en principio, cabría la posibilidad de aplicar la teoría de la autoría directa, mediata y coautoría en los delitos de participación necesaria, ya que en esa participación

se fija precisamente el grado de participación de cada sujeto de acuerdo a su dominio del hecho.

Cabe mencionar la pluralidad de personas como elemento objetivo de la coautoría de los llamados tipos **pluripersonales** o delitos de participación necesaria. Esta categoría, a su vez, puede darse de dos maneras: delitos de "convergencia" y delitos de "encuentro". En los delitos de convergencia, las conductas se dirigen unilateralmente a un mismo fin, por ejemplo, las asociaciones ilícitas. En virtud de la ley penal todos los intervinientes en la ejecución del hecho punible serán considerados como autores directos o coautores. Cabe resaltar que en estos delitos no se plantea el verdadero inconveniente de la intervención pluripersonal. Donde sí habrá que tener especial interés es en los delitos de encuentro, que existen cuando hay varias acciones que son coincidentes con la dirección volitiva, ya que esas coincidencias se impelen recíprocamente entre sí, de tal manera que el "encuentro" produce el efecto consumativo del respectivo tipo penal.

En los delitos de encuentro, las conductas se cruzan, dando lugar de este modo a la tipicidad, en forma tal que es necesario determinar en muchos casos cuál es el papel que juegan los distintos protagonistas. Estos delitos se caracterizan por la necesidad de que el sujeto pasivo **colabore** con el sujeto activo para llevar adelante las exigencias típicas, por ejemplo, el delito de cohecho pasivo(231), donde tiene que haber un cohechante activo, más allá de que resulte o no punible con arreglo a las demás categorías dogmáticas del delito; otro ejemplo sería el delito de bigamia.

### 6.2. La coejecución de la acción típica

Se puede ser coautor en los actos ejecutivos aunque no en los actos consumativos, se puede ser coautor de una tentativa. La exigencia excluye del concepto de coautoría, con base en un criterio temporal, los aportes anteriores al comienzo de la ejecución, así como los aportes posteriores a la consumación, pues en ambos falta la existencia de actos ejecutivos de los que se forma parte. No basta solo la cooperación en la preparación de este, porque con ello no se obtiene participación alguna en el dominio del hecho. Si bien actualmente

(231) En contra, para el Derecho argentino: DONNA, tomo III, 2000, p. 214, quien sostiene que el delito de cohecho pasivo es esencialmente un delito de convergencia, de codelincuencia necesaria, ya que no puede haber cohecho pasivo si no existe cohecho activo. LAJE ANAYA / GAVIER, tomo III, 1996, p. 144, indican que la recepción o la aceptación de la promesa por parte del funcionario, es **subjetivamente convergente** con el fin perseguido por el autor del cohecho activo. Existen autores que explican que se trata de un delito bilateral. Así, SOLER, tomo 5, 1992, p. 207. NÚÑEZ, tomo V, II, 1992, p. 98.

la teoría formal-objetiva ha sido abandonada por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, no puede dejarse de lado que, al menos, dicha teoría expresó en su momento que solo puede imputarse como autoría aquello que el legislador había expresado en los tipos penales, y que a partir de ahí se podía dar inicio a la punibilidad de los intervinientes del delito.

Por su parte, Soler indica que: "Lo que caracteriza objetivamente la acción del verdadero coautor es su intervención en actos consumativos"(232). Asimismo, Núñez sostiene que "se debe subrayar que la coautoría es ejecución del hecho, lo que excluye la posibilidad de que se estructure por actos indeterminados o de cooperación, aunque sean cumplidos en razón de un acuerdo o plan criminal determinado"(233). Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que "también son los coautores que llaman ejecutores, es decir, los que realizan una parte de la conducta típica, por efecto de un reparto de la ejecución de la empresa criminal, sin que ninguno realice la totalidad de la misma, que solo realizan todos juntos, por lo que el aporte de cada uno es imprescindible (necesario)"(234).

Breglia Arias y Gauna afirman: "Se consideran coautores no solo a quienes realizan conjuntamente la acción principal o típica consumativa, sino a quienes toman tomar parte en su ejecución"(235). Aboso señala que: "El límite temporal para la asunción de este acuerdo común se extiende incluso hasta la propia ejecución del hecho, siempre y cuando este no haya alcanzado la etapa de consumación, lo cual dependerá exclusivamente de la naturaleza y alcance de cada una de las modalidades delictivas"(236).

Mir Puig sostiene que: "Lo acertado es, pues, considerar coautores no solo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva"(237).

Bacigalupo anota lo siguiente: "Para determinar cuándo hay un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer es de utilidad el criterio de la fórmula de la supresión mental de la teoría de la *conditio sine qua non*. Si se

(232) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino.* Tomo II, p. 300.
(233) NÚÑEZ, Ricardo C. *Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Parte general*. Córdoba, 1987, pp. 285 y 286.
(234) ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR. *Derecho Penal. Parte general.* Buenos Aires, 2002, p. 770.
(235) BREGLIA ARIAS, Omar / GAUNA, Omar R. *Código Penal y leyes complementarias.* Buenos Aires, 2003, p. 421.
(236) ABOSO, Gustavo Eduardo. "Aspectos esenciales de la coautoría funcional y sus consecuencias dogmáticas". En: DONNA, Edgardo Alberto (dir.) *Revista de Derecho Penal*. Autoría y participación criminal I, 2005-I, Santa Fe-Buenos Aires, p. 235.
(237) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, 1996, p. 387.

suprime mentalmente la aportación y la ejecución no se puede llevar a cabo, es evidente que se trata de un aporte necesario. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que no se debe requerir una necesidad absoluta, sino que es suficiente con que la aportación sea 'difícilmente reemplazante' en las circunstancias concretas de la ejecución"[238].

Por su parte, Pérez Alonso sostiene que "el precepto supone una plasmación expresa del principio de legalidad en materia de autoría. Cuando señala que son autores quienes realizan el hecho (tipo punible), el artículo 28.1, está acogiendo un concepto restrictivo de autor, al reconocer el principio de referencia al tipo como presupuesto ineludible de cualquier concepto y clase de autoría. La tipicidad constituye la barrera infranqueable entre la autoría y participación: solo puede ser autor quien realice el hecho típico. En suma, el artículo 28.1 proclama un concepto restrictivo de autor, basado en el principio de referencia al tipo, cuyo fundamento reside en la realización del hecho típico"[239].

Cerezo Mir sostiene que: "En realidad en la coautoría no todos los coautores tienen por qué realizar actos ejecutivos, aunque sí tiene que intervenir, como hemos visto, durante la fase de ejecución. La definición de la tentativa solo resulta directamente aplicable a la coautoría cuando los coautores realizan actos ejecutivos; en los casos restantes es preciso hallar un criterio coherente con el fundamento de lo injusto de la tentativa. Por otra parte, el principio de imputación recíproca, que está en la base de la coautoría, no puede obviar las exigencias del principio del hecho"[240].

De la misma manera Calderón Cerezo y Choclán Montalvo afirman: "En la coautoría hay un dominio del hecho común. Conforme a este criterio, todos los intervinientes deben compartir la decisión conjunta de realizar el hecho y, además, cada uno ha de aportar objetivamente una contribución al hecho que, por su importancia, resulte cualificada para el resultado y vaya más allá de una acción preparatoria; por ello, la concurrencia de intervenciones tiene que tener lugar en la fase de ejecución del delito"[241]. Al respecto, Hurtado

(238) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general.* Buenos Aires, 1999, p. 504.
(239) PÉREZ ALONSO, Esteban. "La autoría y participación en el Código Penal español de 1995 y en la reciente reforma penal". En: DONNA, Edgardo Alberto (dir.), *Revista de Derecho Penal*. 2006-1, Autoría y participación III, Santa Fe-Buenos Aires, p. 154.
(240) CEREZO MIR, José. *Obras completas, Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Lima, 2006, pp. 1097 y 1098, cita 84.
(241) CALDERÓN CEREZO A. / CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Barcelona, p. 391.

Pozo sostiene que: "Es necesario, además y sobre todo, que sus intervinientes constituyan 'actos ejecutivos'"(242)

Si bien puede establecerse una separación teórica entre actos preparatorios y actos ejecutivos para efectos de establecer supuestos de participación (actos preparatorios) y autoría (acciones ejecutivos), en la realidad resulta bastante difícil realizarla. Por ejemplo, aquel que presta su revólver a otro en una pelea, con el cual dispara y mata a su víctima. La pregunta sería si el que prestó el arma lo hizo en una etapa preparatoria o ejecutiva, ya que, según la etapa, cambiaría el título de imputación que le corresponde. Al parecer, la línea de colaboración del que presta el arma estaría ubicada en la etapa preparatoria, por lo tanto, su aporte sería el de cómplice (necesario); sin embargo, existe lo que se llama el **principio de inmediatez**, es decir, si el aporte y el resultado típico se producen casi simultáneamente, entonces el aporte será considerado como coautoría. Debe existir una inmediatez entre actos preparatorios y ejecutivos para extender la responsabilidad de participación a una autoría(243). Así, en el caso del que prestó el arma, si el homicidio se cometió inmediatamente de producido el aporte, será considerado coautor del delito de homicidio.

### 6.3. La contribución esencial al hecho delictivo. La verificación del aporte "necesario" y "objetivo" dentro de la etapa ejecutiva

Ser coautor no es el mero "aporte" a actos ejecutivos. De lo contrario, se formularían cadenas causales hacia el infinito (ayuda al que ayuda a ejecutar). Roxin ha dicho que "quien ejerce una función esencial, quien presta un aporte al hecho difícil de reemplazar, será solo –pero también– un auténtico autor, con la consecuencia de que puede serle atribuida la totalidad de la realización del tipo, si él ha desempeñado, en la ejecución misma este papel decisivo. En estos casos, en efecto, el que coactúa ha decidido hasta el último momento sobre la realización del tipo"(244).

(242) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general. I.* Lima, 2005, p. 876.

(243) ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Madrid, 1998, p. 333. "Esta ampliación a la relación inmediata deja espacio suficiente para la valoración judicial de supuestos-límite concretos. El concepto de la inmediatez no remite a datos previos con forma fija (lo que precisamente se persigue en este ámbito), pero sí pone de manifiesto, por otra parte, que el ámbito de lo que integra la fase ejecutiva no puede extenderse a voluntad, sino que debe mantenerse en la proximidad inmediata de lo simultáneo en sentido mensurable".

(244) ROXIN, Claus. "Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal". Traducción de Enrique Bacigalupo. En: *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho*. Libro homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, p. 67.

Cerezo Mir apunta que "la teoría del dominio funcional del hecho parte de una contemplación *ex ante* de la contribución a la comisión del delito. Si *ex ante* la contribución aparece, de acuerdo con el plan delictivo, como esencial, el sujeto tendrá el dominio funcional del hecho aunque *ex post* dicha contribución no haya resultado esencial. Por ejemplo, la función del campana o sujeto que vigila mientras sus compañeros ejecutan el robo, puede aparecer como necesaria *ex ante* según el plan delictivo, pero *ex post* puede ocurrir que su papel haya sido irrelevante"(245).

Rusconi señala: "Para que un agente sea calificado de coautor, su aporte objetivo al hecho debe llegar a un nivel de trascendencia funciona que como mínimo permita suponer que ese hecho no podría haberse cometido sin su intervención"(246). Núñez, por su parte, manifiesta que "la presencia activamente ineficaz respecto a la ejecución del delito no puede constituir autoría"(247).

A nivel de legislación comparada, puede citarse el caso del Código Penal de Paraguay, que en su artículo 29.2 preceptúa: "También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, **mediante su aporte al hecho,** comparta con el otro el dominio sobre su realización". Asimismo, el Código Penal colombiano, en su artículo 29, prescribe: "Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal **atendiendo la importancia del aporte**".

Como se ha dicho, el "coautor" tiene que realizar su aportación en fase ejecutiva. En otras palabras, su contribución tiene que ser actualizada al momento de la realización del tipo. La razón es clara, solo así puede decirse que el sujeto tiene el dominio (funcional) del hecho; teniendo en cuenta, además, que no es posible dar un concepto de autor en "abstracto", sino solo en referencia a un tipo penal concreto. Por lo tanto, es autor aquel que reuniendo las exigencias personales objetivas y subjetivas exigidas por el correspondiente tipo legal, realiza el hecho típico(248). El carácter conjunto de la ejecución no requiere de la cercanía espacial, ni la simultaneidad temporal, pudiendo concebirse hipótesis en las que la contribución ejecutiva al hecho común, de alguno

(245) CEREZO MIR, José. "Cooperadores necesarios, coautores y cómplices". En: DONNA, Edgardo Alberto (dir.), *Revista de Derecho Penal*. 2006-1, Autoría y participación III–, Santa Fe-Buenos Aires, p. 11.
(246) RUSCONI, p. 158.
(247) NÚÑEZ, Ricardo. *Las disposiciones generales del Código Penal.* Córdoba, 1988, p. 197.
(248) Véase: BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Obras completas, Derecho Penal. Parte general.* Tomo I, Lima, 2004, p. 1973.

o algunos de los coautores, tenga lugar a distancia o en un momento distinto a la de los restantes"[249].

Bacigalupo dice que el aporte objetivo que determina la existencia de un codominio puede resumirse en la siguiente fórmula: Habrá codominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquel no hubiera podido cometerse, esto es, quien domina una parte esencial del hecho lo domina en su totalidad pues el retiro de esa parte esencial frustraría la realización del mismo (véase la STS español del 8 de febrero de 1991). En este sentido, todo el que eleva la posibilidad de lograr el resultado y tiene, según el plan del hecho, en la ejecución una función relevante, es portador del codominio del hecho[250].

En ese sentido, se ha pronunciado Jescheck: "El dominio del hecho no se circunscribe a los supuestos de realización de propia mano de una acción típica. En el desarrollo del plan global puede ser necesario un **reparto de funciones** que atribuya también a los distintos sujetos contribuciones por **fuera del tipo penal** y que condicionen la ejecución del hecho"[251]. Agrega Jescheck que "la aportación de cada coautor debe alcanzar una **determinada importancia funcional**, de modo que la cooperación de cada cual en el papel que le correspondiera constituya una pieza esencial en la realización del plan conjunto (dominio funcional)"[252].

Por su parte, Mir Puig ha dicho que "no solo a los que ejecuten en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva (…) 'pertenece' el hecho, que es 'obra' inmediata de todos, los cuales 'comparten' su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar"[253].

Zaffaroni apunta: "Teniendo a la vista el plan concreto del hecho sabremos con certeza si el dominio del mismo estuvo en algún momento ejecutivo en las manos del sujeto, es decir, si de su actividad dependió el éxito o el fracaso de la empresa"[254]. Más adelante agrega que: "será coautor el que realice un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma concretamente

(249) COBO VIVES M./ VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte general*. Valencia, 1991, p. 577.
(250) CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Ob. cit., p. 392.
(251) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 620.
(252) Ibídem, p. 614.
(253) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires-Montevideo, 2005, p. 393.
(254) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tomo IV, 1988, pp. 332 y 333.

planeada. Cuando sin ese aporte en la etapa ejecutiva, el plan se hubiese frustrado, allí tenemos a un coautor"[255].

> "La coautoría requiere que los intervinientes en la ejecución del hecho actúen en común, para lo cual cada uno debe hacer un aporte objetivo que consista en la realización de un elemento del tipo, basado en un acuerdo previo, con dominio funcional del hecho y plena responsabilidad personal, de modo que aun cuando ninguno logre efectuar la totalidad de los aportes causales que requiera la estructura típica, la resolución conjunta hace que se le puedan atribuir las contribuciones de los demás intervinientes como si fueran propias"[256].

La Sala Suprema Penal Permanente, en el Recurso de Nulidad N° 602-2004 de fecha 2 de julio de 2004, sostiene:

> "Los imputados alegan como agravio en su impugnación que no actuaron en forma concretada, sino que cada uno tuvo una participación individual; que sin embargo, está probado que los imputados actuaron a sabiendas del total del droga trasportada (acuerdo previo y común), con conocimiento de lo que cada uno haría, esto es, de su concreta intervención (división de tareas o funciones previamente acordadas), y, a su vez, aportaron una conducta específica (contribución esencial al hecho típico), lo que los constituye claramente –al dominar funcionalmente el hecho– en coautores del delito imputado con las circunstancias agravantes antes mencionadas; todos ellos, pues, realizaron conjuntamente el delito a nivel de coautora ejecutora, y, como tal, asumen por igual la responsabilidad de su realización"[257].

La jurisprudencia argentina ha dicho que "además del común acuerdo que permite la recíproca imputación de las distintas contribuciones individuales, la coautoría funcional requiere que cada interviniente realice durante la etapa ejecutiva un aporte objetivo al hecho de importancia tal que resulte indispensable para su comisión y confiera a quien lo efectúa el dominio global de la acción, es decir, el cogobierno del suceso en cooperación con los demás intervinientes y la consecuente posibilidad de decidir la interrupción o consumación del ilícito con solo retirar o mantener su apoyo"[258].

(255) Ibídem, p. 333.
(256) TCas. Pen, sala II, 28-6-2001, "Arce, Víctor Angel s/Recurso de casación", c.2934.
(257) Extraído de PÉREZ ARROYO, Miguel. *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005).* Tomo I, Lima, 2006, p. 478.
(258) Tcas. Pen. de Buenos Aires, sala II, 4-4-2002, "Maidana, Humberto Fabián y Castro, Cristián Alberto".

La doctrina se ha centrado históricamente en determinar el grado de necesidad de la aportación, en relación con la ejecución del hecho, para hablar de una complicidad necesaria. En principio se discutía si la aportación necesaria debería ser analizada en el caso *concreto* o era de carácter *abstracto*. Para la coautoría es decisiva la aportación objetiva al hecho por parte del coautor.

Como se mencionó, según Bacigalupo, habrá codominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquel no hubiera podido cometerse(259), para lo cual es útil la fórmula de la supresión mental de la teoría de la *conditio sine qua non*(260). En cambio, Roxin señala que el coautor debe ejercer una función esencial, prestar un "aporte al hecho difícil de reemplazar", con la consecuencia de que puede serle atribuida la totalidad de la realización del tipo, si ha desempeñado, en la ejecución misma este papel decisivo(261).

Debe entenderse que la contribución objetiva no necesita reunir por sí misma todos los elementos del tipo, pues a cada uno de los coautores, debido a la resolución conjunta y en el marco de la misma, se le atribuye contribuciones de los demás intervinientes como acción propia. Ejemplo: el atraco a un banco se produce de manera que un interviniente espera en el coche con el motor en marcha, otro desconecta la instalación de alarma, un tercero cubre la salida, un cuarto mantiene amenazado con la pistola al personal de la caja y un quinto se apodera del botín. Todos son coautores aunque solo el cuarto y el quinto realizan un elemento del tipo(262).

En la cuestión de si el aporte al hecho es esencial "en el momento de la ejecución", cabe señalar que lo más importante no es el momento en el cual se presta, sino el modo en que se producen los efectos en la ejecución. Stratenwerth sostiene que la planificación y organización de un delito ejecutado por varias personas también fundamentará la coautoría, aun cuando el organizador no aparezca durante la ejecución, cuando, por ejemplo, se comunica telefónicamente con los ejecutores(263).

En cuanto a la relevancia configurativa de la contribución al hecho delictivo, los defensores de la teoría del dominio del hecho coinciden en fundamentar el dominio del hecho funcional en una división del trabajo entre varios sujetos

(259) BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte general*. Madrid, 1997, p. 366.
(260) Ibídem, p. 367.
(261) ROXIN, Claus. "Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal". Traducción de Enrique Bacigalupo. En: *Derecho Penal. Parte general*. Lima, 1995, p. 490.
(262) JESCHECK, 1993, p. 620.
(263) STRATENWERTH, p. 251.

en el marco de un plan en común. Se recurre, en consecuencia, a la exigencia de que la contribución del coautor consista en la realización de una contribución **esencial** para la comisión del hecho punible. Se discute la cuestión de lo que debe entenderse por **contribución objetiva al hecho**. En principio, debe tenerse presente que el aporte ha de ser "esencial" y, con esta expresión, en modo alguno queremos decir que sea "causal". Aporte esencial y aporte causal no son sinónimos(264). Es decir, puede haber aportaciones que hayan sido causales y que no por eso permiten entender que el que las hace vaya ser coautor. Así, por ejemplo, el que suministra el veneno o la ganzúa, para el asesinato o el robo, puede ser cómplice no necesario. Tomar parte "material" indica que no puede bastar un mero concurso de voluntades y que se requiere una intervención "objetiva" aunque "parcial" en la realización del tipo.

### 6.4. División de roles criminales

Son coautores en cuanto concurren a la comisión del delito en una doble comunidad: objetiva y subjetiva, que se concreta –empero– en acciones autónomas, de manera que cada uno de ellos resulta un verdadero autor(265). Roxin sostiene que "la idea de la división del trabajo acierta en la esencia de la coautoría únicamente si se la limita a la fase ejecutiva. Solo en ella la imbricación de los actos individuales procura a los intervinientes el dominio conjunto sobre el acontecer típico"(266).

Bajo una óptica legalista, el reparto de tareas, como criterio fundante para la existencia de la coautoría (funcional), **es en realidad repartirse una parte del tipo penal**. Es dividirse, entre los intervinientes, una cuota de los aspectos causales (y por tanto objetivos) del delito a cometerse. Así, en el ejemplo aludido del robo al banco: de acuerdo al plan común, el decir que uno utiliza "violencia", el otro "amenaza" y un tercero "sustrae" el dinero, es en otras palabras dividirse el tipo penal previsto en el artículo 185 del Código Penal en cuantas partes sea necesario para lograr la consumación. En igual sentido, en delitos que solo poseen verbos rectores que puedan cometerse bajo una modalidad específica como "matar" o la "injuria verbal" (delitos unisubsistentes) todos los coautores tendrían que cometer una parte del respectivo tipo penal.

(264) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*, 1996, p. 66.

(265) Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, Cám. Primera en lo Crim., 26-3-2004, "Garro, José Antonio s/Robo agravado", expte. 18.367, LSPO3, Fs 205, (Extraído de DONNA, Edgardo Alberto, Revista de Derecho Penal –Autoría y participación II–, Santa Fe-Buenos Aires, 2005, p. 329).

(266) ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1998, p. 331.

### 6.5. Decisión común

El concepto del dominio del hecho, y su correlato del plan del autor, es una herramienta valiosa de interpretación para saber "históricamente" la calidad ejecutiva de los actos y la intervención de las personas en ellos, pero no autoriza a suplir –aun existiendo dominio del hecho conforme al plan– la falta de participación en actos ejecutivos(267). En relación con la importancia del plan común en la coautoría, la jurisprudencia peruana ha dicho que:

> "En cuanto al título de su intervención, sin duda alguna, los acusados tienen la condición de coautores, pues de **común acuerdo** –tanto más si se trataba de un asesinato en el que debían extremar las medidas que era del caso implementar para garantizar el éxito de su objetivo, planificarlo debidamente y contar con varios ejecutores materiales–, llevaron a cabo todas las acciones imprescindibles que según el **plan criminal** acordado debían realizarse; que la ejecución del hecho importó, como se ha sostenido, el concurso de numerosas personas dedicadas a seguir el vehículo de la víctima, fijar la cobertura de seguridad –en el ataque y huida– de los delincuentes, interceptar el automóvil, irrumpir violentamente en él, eliminar a todo aquel que se interpusiera en su ejecución , dar muerte a la víctima sin importar que en su desarrollo se tenga que atentar –como ocurrió en el presente caso– contra otras personas que impidieran su objetivo principal y, finalmente, huir sin mayores dificultades y con el menor perjuicio posible a sus integrantes"(268).

Es el principio de referencia al tipo, como dato objetivo, el que va a racionalizar el lado subjetivo, o sea, el plan criminal. El plan criminal de los coautores puede tener una extensión y planificación que supere los requerimientos del tipo penal a cometerse, pero solo cuando ingresan al terreno de la tipicidad penal del delito planeado es donde verdaderamente encuentra coherencia cualquiera de las formas posibles de la coautoría. Podrá hablarse de todas las formas teóricas para fundamentar la autoría (formal-objetiva, teoría subjetiva, teoría del dominio del hecho, teoría de los roles, etc.), pero todas deben tener algo en común: solamente pueden ingresar al terreno jurídico-penal aquellas conductas que hayan satisfecho los verbos rectores descritos en los tipos penales (conducta típica) y que tengan relación con un resultado lesivo o peligroso al bien jurídico (principio de lesividad).

(267) DE LA RÚA, Jorge. *Código Penal argentino. Parte general*. Buenos Aires, 1997, pp. 852 y 853.
(268) En la sentencia de fecha 21 de julio de 2004, de la Sala Permanente de la Corte Suprema, R.N. Nº 1260-2004-Lima.

La punición del delito comenzará en la medida en que la resolución común sea "activada" por actos ejecutivos en forma típica por parte de algunos de los participantes, y ni siquiera por actos preparatorios que generalmente son impunes, salvo que el legislador los haya convertido en un delito autónomo.

No puede negarse que el acuerdo o la decisión común tienen un papel relevante para poder delimitar de manera correcta los casos de participación criminal, pues representa una condición necesaria para la coautoría funcional, mas no suficiente para afirmarla. No se satisface con la equiparación subjetiva de todos los autores, hace falta constar la parte objetiva de la coautoría.

En este sentido, Sánchez-Ostiz Gutiérrez apunta: "El mutuo acuerdo –tanto si surge antes como si se origina o perfecciona durante la ejecución– se perpetúa en la fase ejecutiva, de tal forma que ni el mero acuerdo, ni la coincidencia espacio-temporal de aportaciones fundan por sí solos la coautoría. Por lo que se refiere al tipo subjetivo, la coautoría supone que los intervinientes se representen mutuamente llevar a cabo sus aportaciones en cuanto conjunto. En ese sentido, la realización conjunta se nos presenta como referente ineludible del mutuo acuerdo: será la aportación en consonancia con el mutuo acuerdo lo que constituya realización conjunta"(269).

La decisión común como elemento subjetivo es el elemento fundamental que permite entender la coautoría funcional. "La doctrina mayoritaria –seguida en lo fundamental en el ámbito jurisprudencial– coincide en que la decisión común es el vehículo que determina la conexión de los diversos aportes al hecho llevados a cabo por distintas personas, permitiendo imputar a cada uno de los intervinientes la parte de los otros"(270).

La decisión común comparte los mismos elementos que se necesitan para el lado subjetivo del denominado *iter criminis* o camino hacia el delito. En tal sentido, debe verificarse en primer término la **ideación**, esto es, el momento del nacimiento en la cabeza de los intervinientes; en segundo lugar la **deliberación**, es decir, evaluar los beneficios y los perjuicios que conlleva la ejecución del ilícito ideado; y por último la **resolución**, que en otras palabras, sería

(269) SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. "Mutuo acuerdo y el exceso de algún interviniente en casos de coautoría. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo español del 11 de mayo de 1994". En: *CDJP*, Nº 10-B, 2000, p. 605.

(270) SCJBA, 30-3-2005, "B.,J.A. s/Recurso de casación", C.P. 82.042) Extraído de DONNA, Edgardo Alberto (Dir.), Revista de Derecho Penal, 2005-1 –Autoría y participación I– Santa Fe, p. 412.

la propia decisión delictiva a la que han arribado los intervinientes. Ahora, la parte resolutiva solo será considerada como decisión común en la medida en que sea compartida por todos los que van a ejecutar y consumar el delito ideado. Solo la resolución en común es lo que va a permitir entender la división del trabajo de manera funcional hacia la afectación del bien jurídico.

La decisión común no es otra cosa que el dolo que deben tener todos los intervinientes hacia el hecho delictivo, que bien podría denominarse un "dolo común" o "colectivo". Aquí habría que agregar que la decisión común es lo que permite diferenciar, por ejemplo, la "coautoría alternativa", ya que los sujetos se pondrán de acuerdo que indistintamente cualquiera de ellos puede cometer el ilícito penal, y si no hay un acuerdo común simplemente se hablará de una autoría plural paralela o concomitante. Es decir, cada uno de los intervinientes tiene que actuar con dolo, ya que no se permite, a mi entender, que exista coautoría en delitos imprudentes, de manera tal que puede hablarse de dolo del sujeto, pero este puede ser un "dolo individual" y no compartido con el otro, con lo cual decae el concepto de coautoría.

Esta ideación colectiva tiene que ubicarse generalmente al inicio de la ejecución de los hechos. No puede ubicarse después ya que los hechos ejecutados están condicionados a lo que subjetivamente se haya planeado en su momento. Si todos los intervinientes acordaron solo robar y sustraer el dinero del banco, mas no cometer homicidio dentro del establecimiento bancario, y si uno lo comete, ese exceso producido no puede imputársele a los otros, pues no pertenece al plan común ideado anteriormente. No existe coautoría, en cualquiera de sus formas, si no existe un plan previamente concebido. Ahora bien, no se necesita un plan criminal en forma escrita y expresa, basta con un plan mínimanente concebido y que exista un consenso –aunque sea implícito– entre los intervinientes.

### 6.5.1. El exceso en el acuerdo común

Más allá del acuerdo mutuo no hay imputación recíproca posible. Para que la "imputación recíproca" pueda tener lugar es preciso el mutuo acuerdo entre los intervinientes, que los convierte en partes de un plan global unitario, pero de distintas contribuciones. El tema del **exceso** se presenta generalmente cuando uno de los autores no "respeta" el plan común y comete un resultado lesivo distinto al previamente concebido. Lo más complicado es cuando ese resultado resulta ser más grave. Por ejemplo, un coautor realiza un robo, mientras que solo se habría acordado una coacción o durante el robo, un coautor mata a la víctima que únicamente debía quedar sin sentido.

Como bien dice Roxin, "un sujeto no puede ser castigado como coautor por circunstancias cualificantes que en el momento en que se suma al plan del hecho ya estaban realizadas"(271).

El caso límite es el de que el sujeto sepa que otro u otros están realizando un delito y contribuye a él por propia iniciativa. Si los demás advierten y aceptan, siquiera tácitamente, su intervención, no hay duda de que existe coautoría –aunque no lleguen a conocerse–. No bastará, en cambio, que el sujeto sepa que contribuye, si los otros no saben o no lo admiten(272).

La jurisprudencia peruana ha dicho en relación a este tema lo siguiente:

> "No existe prueba categórica que establezca fehacientemente que el plan común de los intervinientes comprendió, asimismo, el hecho de matar a alguna persona con las armas que portaban si es que surgía alguna dificultad en su ejecución –acuerdo precedente–, o que en ese acto uno o varios de los coacusados exigiese a los otros que se mate a los pasajeros que pretendían evitar el robo –coautoría sucesiva–. Es claro que el imputado Bravo Trujillo y su coimputado Tuamana López intentaron ser reducidos por los agraviados y que ellos no solo no portaban en ese momento armas de fuego ni pidieron a sus coimputados que hagan uso de ellas. Por lo que el exceso de los demás coautores, fuera del plan acordado sin que los demás lo consientan, no puede imputársele a ambos, en tanto que más allá del acuerdo mutuo no hay imputación recíproca, y no puede inferirse necesariamente que este exceso era previsible por todos, supuesto en el que sí cabría la imputación íntegra del suceso típico"(273).

## 7. ¿Aporte esencial no típico al hecho vs. aporte ejecutivo típico al hecho? Entre la teoría del dominio del hecho y la teoría formal-objetiva. El caso del "campana" y el caso del "jefe de la banda"

Hoy en día debería volverse a los postulados que pregonó la teoría formal-objetiva, pero solo en aquello que sirva para delimitar la imputación de la autoría, por ello el **principio de referencia al tipo**, debe ser estudiado fundamentalmente en la ejecución común como dato objetivo de la autoría. De ahí que quienes no realicen conductas (acciones u omisiones) típicas no podrán ser considerados como verdaderos autores del delito, como en el caso del "campana",

(271) ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Ob. cit., p. 332.
(272) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires-Montevideo, 2005, p. 394.
(273) En la sentencia de fecha 5 de abril de 2004 de la Sala Penal Permanente Corte Suprema de la República, R.N. Nº 3694-2003-Ucayali.

del "jefe de la banda" o del "entregador de información", que actúan en etapas preparatorias, generalmente impunes, por lo que la manera de criminalizarlos es considerándolos como partícipes (cómplices necesarios) del delito.

Entonces, por defecto, son partícipes, cuando en realidad, por virtud serían coautores ya que tanto el "campana", el "jefe de la banda" y el "entregador de información" desempeñan un aporte esencial al hecho. Por aplicación del principio de referencia al tipo como parte integrante del principio de ejecución común no pueden ser autores sino solamente partícipes. Y la razón es la siguiente, el "campana", el "jefe de la banda" y el "entregador de información" si bien aportaron lo suyo –y de manera relevante–, dependen de alguna manera de la intervención de otras personas para el éxito del delito planeado, de modo tal que el ingreso de aquellas personas al escenario criminal es accesorio y dependiente, y los que verdaderamente tienen el control y dominio del hecho son quienes intervienen en la ejecución típica. Son estas personas quienes tienen **en sus manos** el curso causal de los acontecimientos. De ahí que, por ejemplo, la coautoría funcional si bien requiere que los intervinientes realicen una parte del hecho punible, estos deben hacerlo en función del **tipo penal** y delimitados por el plan criminal.

Así, por ejemplo, en el caso del robo del banco, uno utiliza la "violencia física" para neutralizar al vigilante que se encuentra en la puerta, el otro ingresa al banco y "amenaza" con su revólver y logra reducir a los clientes del banco, y el otro finalmente se "apodera" o "sustrae" ilegítimamente el dinero. Como puede verse cada uno de los intervinientes realiza en forma típicamente objetiva lo descrito en el artículo 185 del Código Penal peruano, es decir, cada uno realiza **una parte** del tipo penal. Aquí podría sostenerse la idea de que el "campana", por encontrarse en un vehículo al frente del banco y que participa subjetivamente del delito de robo, es decir, sabe perfectamente el plan, pero que no participa de la ejecución típica, es cómplice necesario, porque, además, el éxito y el fracaso del delito dependerá de la habilidad y destreza de quienes ingresaron al banco, por tanto, el dominio (funcional) del hecho lo tienen ellos y no el "campana".

Ahora bien, el "campana" cumple una tarea funcional del plan general criminal, sin embargo, esta tarea funcional es accesoria. Si el tipo penal indicara que el delito de robo también lo pueden cometer quienes se encuentren "de cualquier otra manera" que no sea ejerciendo violencia o amenaza o sustrayendo total o parcialmente el bien mueble, recién ahí podríamos sostener que el "campana" puede ser coautor del delito de robo. Si bien esta no es la concepción tradicional del robo en el Derecho Penal, es lo que el legislador quiso criminalizar en un momento, ya sea por cuestiones coyunturales o

político-criminales. Además, no debemos olvidar que este planteamiento hacia la legalidad responde a una lógica de que en la parte especial el principio de legalidad debe cumplir una función real, y que toda construcción e institución jurídico-dogmática proveniente de la parte general, como es la autoría, debe materializarse a través de los tipos penales de la parte especial.

### 7.1. El caso del "campana"

El caso del "campana" es el que ha traído más problemas interpretativos en la autoría y participación, más precisamente en la delimitación conceptual entre el coautor y el cómplice necesario; y a la vez, pone en tela de juicio el límite infranqueable entre el dominio del hecho del autor y la accesoriedad del partícipe. La pregunta de rigor es si el "campana" que interviene en el hecho criminal toma parte en su ejecución o no.

El "campana" toma parte en la ejecución del hecho si asume otras actividades que no son las de mera asistencia a los autores, por ejemplo, distraer a los custodios mientras se produce el robo de un banco. Tomar parte en la ejecución del hecho significa, por lo menos, llevar a cabo "una actividad que conforma una circunstancia característica de la acción típica", no el que despliega una conducta extraña a la acción típica –aunque esta converja con las otras acciones–[(274)].

(274) Así, véase: CREUS, Carlos. "El 'comienzo de ejecución' como presupuesto de punición de la tentativa. La participación del 'campana' en el delito". En: *La Ley* 1993-B, p. 86.
En el Perú, sobre el "campana", véase el R. N. Nº 317-2007-Lima, de fecha 28 de agosto de 2007, expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, que ha dicho:. "(…) Que, igualmente el procesado Carlos Alberto Fiestas Navarro, tampoco ha brindado una versión coherente, pues en sede policial brindó una dirección domiciliaria distinta a la que realmente tenía según consta del acta de registro personal e incautación de fojas treinta y seis, habiendo incluso negado conocer a su hermana, identificándose con un nombre diferente al suyo, conforme se infiere de la declaración testimonial de Víctor Hugo Agüero Meraz de fojas ciento cuarenta y ocho, y de su declaración rendida en el juicio oral cuya acta corre a fojas seiscientos diecisiete; además, el imputado al rendir su manifestación policial de fojas veintisiete, en el acta de entrevista personal de fojas cuarenta, y en su instructiva de fojas cien, reconoce que acompañó a su hermana desde el Callao hasta Miraflores a dejar una encomienda que iba dirigida al extranjero a cambio de dinero, no obstante, que con ellos iba la interesada a quien solo han identificado como 'la china', quien pudo haber efectuado tal diligencia de ser este un acto lícito, aún más, si se quedó afuera esperando que su hermana salga del local, correspondiendo tal accionar al denominado 'campana' encargado de informar sobre la presencia de la autoridad policial, conducta que corresponde a la de coautor, pues existía en él una decisión orientada al logro exitoso del resultado, tomando parte en la fase de ejecución del delito".

### 7.2. El caso del "jefe de la banda"

Generalmente en los delitos organizados en los que habría dos autores identificables (autor mediato y autor inmediato) sería realmente inadecuado hablar de una verdadera autoría mediata. Por eso en el ámbito de la autoría delictiva (dolosa) se ha pretendido el uso de las fórmulas de la **coautoría**, por la concurrencia de varias personas en forma inmediata y mediata, para situaciones de responsabilidad de las decisiones al interior de un grupo.

Sin embargo, cualquier forma de imputación, como en este caso el de coautoría, en el marco de la criminalidad organizada, deberá respetar irrestrictamente los parámetros legales impuestos por la normativa penal. Así, el artículo 23 del Código Penal peruano estatuye en la parte pertinente: "los que tomaran parte **en la ejecución**".

Jakobs(275) señala: "Solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación de una unidad que abarque diversas aportaciones ejecutivas". Pero la solución que propugna este autor resulta inaceptable dado que si no interviene en la fase de ejecución, el hombre de atrás nunca podrá ser considerado coautor de la infracción penal.

En el caso del "jefe de la banda" Welzel apunta: "Pero también el que en lo objetivo solo realiza meros actos preparatorios o de ayuda es coautor, cuando es coportador de la decisión común del hecho"(276).

Roxin dice: "yo quiero para el coautor, si bien no la presencia en el lugar del hecho, sí al menos alguna cooperación en el momento del hecho (aun cuando sea por teléfono, por radio o a través de intermediarios), que puede consistir, por ejemplo, en impartir o transmitir órdenes"(277).

Para Jakobs no es necesario que la coautoría se presente bajo la forma de una decisión conjunta, sino que considera suficiente la decisión de ajustarse a la conducta del autor (y aun cuando el otro coautor ignore la existencia del aporte). Puede haber coautoría aunque la intervención del autor se produzca durante los actos preparatorios si su aporte ha configurado la ejecución.

(275) JAKOBS, 1997, p. 784. Así, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 611. RIGHI, Esteban / FERNÁNDEZ, Alberto. *Derecho Penal. La ley, el delito, el proceso y la pena*. Buenos Aires, 1996, p. 303.

(276) WELZEL, Hans. *Derecho Penal....* Ob. cit., 1956, p. 117.

(277) ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1998, p. 696.

En numerosos casos el "organizador" sigue "dirigiendo" la realización del hecho, aun cuando no llegue a realizar acciones de "ejecución" en sentido objetivo-formal (lo que, sin embargo, también es ciertamente pensable como hipótesis frecuente), por lo que su dominio funcional del hecho queda actualizado en la fase de ejecución, y no existiría inconveniente teórico ninguno para considerarlo, por tanto, entre los coautores. Ahora bien, si la labor de "organización" no se ha actualizado ni siquiera como "dirección de la ejecución", es preciso seguir restringiendo el ámbito de la coautoría, de manera que no termine confluyendo en la genérica imputación del hecho a título de coautor al menor "organizador-preparador", es decir, a quien realiza actos preparatorios(278).

Ahora bien, si el jefe de la organización ha prestado una aportación de tal magnitud que, a pesar de no actuar, se entiende que ha dominado funcionalmente el hecho, entonces, la tesis de coautoría tendría fundamento. Sin embargo, Ferré Olivé apunta que "si no se constata suficientemente su aportación y dominio del hecho, y no existen actos ejecutivos, la vía de la coautoría estará completamente vedada. Se corre el grave peligro de condenar al jefe de la organización como coautor por el simple hecho de **ser** jefe, lo que nos conducirá hacia un modelo de Derecho Penal de autor"(279).

La jurisprudencia peruana ha dicho que:

> "Los procesados tienen la calidad de coautores, pues el conjunto de su actuación denota que planificaron y acordaron su comisión distribuyéndose los aportes en base al principio de reparto funcional de roles, sea en los preparativos y en la organización del delito, en el acto de secuestración, en la retención del menor como rehén, y en el pedido de rescate, lo que significa que todos tuvieron un dominio sobre la realización del hecho descrito en el tipo penal; que así las cosas, se concretó, de un lado, una coautoría ejecutiva parcial pues se produjo un reparto de tareas ejecutivas y, de otro lado, se produjo una coautoría no ejecutiva, pues merced al reparto de papeles entre todos los intervinientes en la realización del delito, el procesado no estuvo presente en el momento de la ejecución del hecho criminal, pero desde luego le corresponde un papel decisivo en la ideación y organización del delito, en la determinación de su planificación y en la información para concretar y configurar el rescate. No se trata de una autoría mediata, en tanto el procesado no se sirvió de otras personas para cometer

(278) GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)". En: *ADPCP*. 1984, p. 112.

(279) FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. "'Blanqueo' de capitales y criminalidad organizada". En: Ferré Olivé / Anarte Borrallo (Eds), delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, 1999, Huelva, p. 97.

el delito, esto es, no utilizó ejecutores materiales impunes, ni se está ante una organización criminal bajo su control o condominio"[280].

Muñoz Conde apunta que dentro de la coautoría debe distinguirse entre coautoría ejecutiva, total o parcial, y coautoría en la que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución del delito. Si el fundamento de la coautoría –agrega el autor– es el llamado dominio funcional del hecho, lo importante no es ya o solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga, aunque no esté presente en la ejecución. "Solo así pueden calificarse también como autores de un delito, por ejemplo, no solo al jefe y dirigentes de la banda que asuman funciones de decisión, dirección u organización estrechamente relacionadas con que son parte integrante fundamental de la realización del delito, sino también a los miembros de la misma que, sin intervenir en la ejecución, realizan durante la misma tareas de apoyo, vigilancia o transporte"[281].

A mi entender, no veo que esta alternativa de imputación sea la más adecuada. Los conceptos jurídico-penales deben referirse en algún modo a determinadas imágenes rectoras, que representen una configuración normativa de los sucesos reales. En ese sentido, la idea de coautoría no es la responsabilidad del resto de los intervinientes (que también están presentes en el caso de los inductores y cómplices), sino la "realización mancomunada". De tal forma, entonces, la propia definición de la coautoría funcional no puede representar la mejor opción en este marco de responsabilidad. Así, los que dan las órdenes y el ejecutor directo ni siquiera se conocen y en modo alguno se hallan entrelazados sus comportamientos. La orden solo tiene una única finalidad: desencadenar la acción típica. En cualquier caso, ellos no deciden absolutamente nada en forma conjunta ni menos están situados al mismo nivel. El que actúa realiza una orden, lo que es precisamente contrario a una resolución conjunta.

Además, la tesis de la coautoría elude la decisiva diferenciación estructural entre autoría mediata y coautoría, consistente en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (de arriba abajo, del que ordena al ejecutor), mientras que la coautoría lo está horizontalmente (en el sentido de actividades y simultáneas). Con razón dice Bloy: "cuando, como aquí, se deben llevar

(280) En la sentencia del 7 de mayo de 2004 de la Sala Penal Permanente, R.N. Nº 488-2004-Lima.
(281) MUÑOZ CONDE, Francisco. "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial". En: DONNA (dir.). *Revista de Derecho Penal*. 2001-2, Buenos Aires, pp. 761 y 762.

a cabo conductas claramente coordinadas de forma vertical, en las que el papel del hombre de atrás está dispuesto de antemano contando la completa ejecución del hecho por otros, entonces claramente se habla contra la coautoría y a favor de la autoría mediata"[282].

## 8. Diferencias entre la coautoría y la complicidad

Generalmente se ha dicho para diferenciar coautoría y complicidad que la primera se basa en un dominio funcional del hecho, mientras que la segunda se mueve en el marco de una dependencia respecto al dominio; sin embargo, según Gimbernat, a través del dominio del hecho no es posible distinguir al autor del cómplice. Argumenta que la mayoría de los partidarios de la teoría del dominio del hecho se limitan, en estos casos, a dar criterios demasiados esquemáticos con los que es difícil empezar algo en el caso individual[283]. A pesar de ello, en este apartado recurrimos de modo referencial a la teoría del dominio funcional del hecho a efectos de confrontar y a la vez diferenciar cada título de imputación penal –autor o cómplice–, sin que ello signifique nuestra adhesión absoluta a la teoría del dominio funcional del hecho de Roxin para la coautoría, pues, como hemos dicho, nos adherimos a la teoría del dominio funcional de carácter **típico**[284].

Sentada esta advertencia necesaria, a continuación demostraremos por qué es distinto defender técnicamente a un coautor que a un cómplice de un hecho

(282) Citado por ROXIN. "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada". Traducción de Enrique Anarte Borrallo, p. 195.

(283) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho Penal*. Madrid, 1966, p. 136 y ss.

(284) Sobre los alcances de la diferenciación entre "autoría" y la "complicidad", por ejemplo, véase: R. N. Nº 813-2008-La Libertad de fecha 22 de mayo de 2008, expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: "Que, en estas circunstancias podemos inferir que la participación del procesado en el hecho punible fue en grado de cómplice secundario y por tanto con responsabilidad atenuada de conformidad a los alcances del segundo párrafo del artículo veinticinco del Código Penal, pues su aporte no fue indispensable para la realización del delito y que a decir de Esteban Pérez Alonso, en su artículo "La autoría y la participación en el Código Penal español de 1995 y en la reciente Reforma Penal": "(…) cómplice simple es aquel que presta ayuda que no es esencial para el sí del hecho, es decir, cuando, desde la perspectiva ex ante del espectador objetivo, tiene una función prescindible o de fácil acceso o reemplazo (…). La razón de su menor castigo reside en que ataca en menor grado el bien jurídico, incrementando en menor intensidad el riesgo de lesión del mismo" (Dogmática actual de la autoría y la participación criminal, Idemsa - Importadora y Distribuidora, Perú, junio de dos mil siete, página quinientos uno), en consecuencia, se descarta una complicidad primaria, al no concurrir los elementos que la caracterizan, esto es, la intensidad objetiva del aporte al delito y el momento en que se realiza el aporte, teniendo como base este segundo supuesto, la colaboración que se da en la fase preparatoria del hecho delictivo, razones por las que concluimos que se encuentra acreditada la comisión del delito comprendido en el artículo ciento ochenta y ocho, y su modalidad agravada descrita en el primer párrafo, incisos tres, cuatro y cinco del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, ya que es evidente que se afectó la libertad, la integridad física y el patrimonio de la agraviada".

delictivo. Si dogmáticamente la coautoría presenta una estructura distinta a la complicidad criminal, también cuando se imputa procesalmente un delito por coautoría, y no por complicidad criminal, es obvio que las estrategias de defensa sean distintas a la hora de alegar una pena justa o la inocencia de los cargos. Las razones de esta "desigualdad" en la defensa técnica serían las siguientes:

- En primer lugar, porque la coautoría (funcional) se fundamenta en el **dominio funcional del hecho**, y se apoya en los requisitos objetivos (división de trabajo, coejecución de la acción típica) y en requisitos subjetivos (decisión común al hecho), de modo que en la coautoría el hecho le pertenece al coautor. Mientras que la complicidad criminal –ya sea primaria y secundaria–, se apoya en el principio de la **accesoriedad**, es decir, se trata de una categoría dependiente y subordinada hacia la conducta del autor, en otras palabras, el "cómplice" no tiene un hecho principal, no le pertenece ese hecho.

- En la teoría de la coautoría se habla de distintas clases: funcional, sucesiva, mediata o concomitante, por ejemplo, si se imputa una coautoría sucesiva, la defensa técnica estará focalizada en descartar un grado de responsabilidad por "incorporación" de los hechos; así también, si se imputa una coautoría funcional la defensa estará focalizada en descartar una responsabilidad por "iniciación" en los hechos. Mientras que en la complicidad criminal se habla de distintas clases: material, psicológica, apoyo activo u omisivo.

- Para el ejercicio de la defensa técnica será importante ubicar el "momento" del aporte del "autor" o "cómplice" en el itinerario del delito. Así, por ejemplo, en la coautoría (funcional) el aporte tiene que producirse necesariamente en la fase de ejecución típica del delito; en cambio, el aporte del cómplice puede hacerse indistintamente en fase de preparación como en fase de ejecución.

- La defensa técnica tendrá que demostrar para descartar la coautoría funcional que el sujeto no tenía el control absoluto del curso causal funcional del hechos que se viene juzgando; mientras que si se quiere descartar la complicidad criminal se tendrá que demostrar que el sujeto no "ayudó" o "cooperó" al hecho principal realizado por el coautor.

- El apoyo de citas bibliográficas también será distinto para descartar una coautoría funcional de una complicidad criminal. Así, en la coautoría funcional se citará por ejemplo la obra de Roxin referida al *Dominio del hecho en Derecho Penal*; en cambio, en la complicidad criminal se citará, por ejemplo, la obra de López Peregrín *La complicidad en el delito*.

- La penalidad también sería distinta si se es "coautor" o "cómplice", ya que siempre un coautor tendrá mayor pena en los hechos que el cómplice. La determinación judicial de la pena será valorada teniendo en grado de injusto de cada uno de ellos.

En conclusión, siguiendo una teoría diferenciada de autoría y participación, que es la que actualmente se sigue en el Código Penal peruano, en contraposición a la teoría unitaria de autoría, no solo se debe diferenciar cada una de estas formas de intervención del delito desde el punto de vista jurídico-dogmático, sino también desde el punto de vista del ejercicio de la defensa.

## VIII. El elemento especial de la autoría: ¿Delito especial o delito institucional? El caso de la posición de garantía en el delito de omisión impropia

Como sabemos, la calidad de garantía es una condición necesaria para la autoría de los delitos impropios de omisión, como parte integrante de los elementos del tipo objetivo. Por esta consideración, como habíamos dicho, la dogmática entendió que los hechos punibles cometidos por omisión impropia deben considerarse como delitos especiales (*intraneus*)[285]. Una especie de

(285) Así, WELZEL, 1970, p. 287. Una aportación válida para los delitos impropios de omisión en función a la posición de garantía, pues estos son considerados delitos especiales propios, puede encontrarse en las ideas propaladas por KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Traducción de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, 1977, p. 180, quien indica que los "(...) delitos especiales **propios**, solo existe una norma, y por cierto que se trata de una norma especial. Aquí, como en el caso de los delitos especiales impropios, el sujeto de la norma, en el supuesto concreto, es portador de un deber especial. (...) Un 'deber especial' está constituido solo por la concreción de una norma especial en **un** caso particular. En consecuencia, el 'deber especial' del funcionario consiste, por ejemplo, en que no debe dejarse sobornar, y se fundamenta si concurren las circunstancias concretas, que convierten a un hombre en funcionario en sentido jurídico-penal". JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo I, México, 1972, p. 109. NOVOA MONREAL, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires, 1984, p. 136 y ss. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOCILDO, 1986, p. 578. HUERTA TOCILDO, 1987, p. 173. GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*. II, Zaragoza, 1986, p. 158, habla de "dominio social" y sujeto de garante como delito especial ya que se traduce en el "(...) dominio del sujeto sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. Los delitos especiales, de este modo, tanto los propios como los impropios, se configuran sustancialmente como delito de dominio social. A su vez, esa estrecha relación del sujeto del dominio social con el bien jurídico fundamenta una posición de garante del sujeto respecto del objeto de la protección penal de tal modo que, desde este otro punto de vista, los delitos especiales son también **delitos especiales de garante**". BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires, 1994, pp. 208 y 412. ROMEO CASABONA, Carlos María. "Límites de los delitos de comisión por omisión". En: *Omisión e imputación objetiva*. Madrid, p. 38. GÓMEZ BENÍTEZ, 1998, p. 591. FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*. Valencia, 1996, p. 258. DONNA, *Derecho Penal, parte especial*, T I, Santa Fe, p. 273. RIGHI, Esteban. "Delitos omisivos

*intuito personae* determinado por una posición previa de **estatus**. La diferencia que habría entre los delitos impropios de omisión y los delitos especiales propios estaría en que en los primeros la precisión del autor brota de la calidad de garante, mientras que en los segundos aparece en los términos del tipo penal o en las exigencias de este que conciernen a la clase de acción descrita.

Existen otros autores que afirman que los delitos de omisión son básicamente delitos de "infracción del deber"(286) por oposición a los delitos comisivos,

equivalentes a la comisión activa de un delito". En: CANCINO, Antonio José (edit.), *El Derecho Penal Español de fin de siglo y el Derecho Penal Latinoamericano.* 1999, p. 194. ERCOLINI, Julián D. "La no evitación negligente de un resultado originado en un hecho doloso". En: *La Ley*. T. 2001-C, Buenos Aires, p. 57. CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho Penal.* Tomo I, parte general, Barcelona, 2001, p. 264. "La posición de garante constituye una característica objetiva de la autoría, y pertenecen al tipo objetivo las circunstancias fácticas que fundamentan el deber de garantía, lo que convierte al delito de omisión impropia en delito especial". GARCÍA NAVARRO, Edward. "Lineamientos a la estructura del tipo de omisión impropia en la legislación peruana". En: *Libro de Ponencias*. XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Lima, 2004, p. 90 considera a la omisión impropia como delitos especiales. MARÍN DE ESPINOZA CEVALLOS, Elena B.; en: ZUGALDÍA ESPINAR, José M (Dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban J. (coord.). *Derecho Penal*. *Parte general*. Valencia, 2004, p. 799. En contra: MEINI MENDEZ. "La comisión por omisión: Una interpretación alternativa del artículo 13 CP", cit., p. 427: "(...) en la comisión por omisión no se debe exigir al sujeto activo cualificación alguna, a no ser que el mismo tipo de la parte especial la requiera (...)".

(286) Los delitos de infracción de deber es la formulación de ROXIN –defendido en su obra fundamental *Täterschft und Tatherrschaft*, siguiendo la lógica fundamental de su concepto de teoría del tipo– que se refiere a la categoría de delitos especiales y los delitos de omisión. El criterio determinante de la autoría es únicamente la infracción del deber extrapenal que le alcance solamente al agente, respecto del cual tiene una determinada posición frente al bien jurídico, con total independencia de si tuvo o no independencia (mientras en los delitos de dominio, la participación requiere un auto principal que obre dolosamente, ello no es requisito indispensable en los delitos e infracción del deber, en los que el partícipe es quien participa sin lesionar un deber especial, aunque el autor principal haya actuado sin dolo. En consecuencia, los casos de delitos de infracción del deber son para ROXIN todos los delitos de omisión y actualmente los delitos imprudentes ya no forman parte de aquel esquema por considerarlos incorrectos. La crítica que se le hace al planteamiento de ROXIN es que no fundamenta en qué consiste esos deberes extra-penales conformados como realidades previas al tipo, dejando más bien al legislador la tarea de realizar los tipos, bien en función de delitos de dominio o de infracción del deber, porque a su juicio, finalmente es una cuestión que atañe a la decisiva valorativa del legislador (CARO JOHN, José Antonio. "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber". En: *Aspectos Fundamentales de la parte general del Código Penal peruano. Anuario de Derecho Penal*. Lima, 2003, p. 55. Paralelamente, en las ampliaciones de autoría el tema no encierra coherentemente, así ¿no se podría decir que Roxin peca al mismo tiempo, en su diseño de los *Plichtdelikte*, por exceso y por defecto? Por exceso porque llega a admitir una participación sin autoría dolosa; por defecto porque no renuncia a variantes de autoría (mediata, coautoría) que serían, en realidad, innecesarias si la titularidad del deber extrapenal fuera suficiente para la delimitación de la autoría (PIZARRO BELEZA, Teresa. "La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿titularidad vs. dominio del hecho?". En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1995, p. La categoría de los delitos de infracción de un deber no ha sido reconocido lo suficientemente en la doctrina alemana y en la española fue objeto de severos cuestionamientos porque se decía que su recepción iba en contra del principio de lesividad de los bienes jurídicos. Sin embargo, el desafío más

que son los que tienen la idea de dominio (por acción causal). Los delitos de omisión considerados como de infracción del deber son objeto de la misma discusión que atañe a los delitos de omisión desde comienzo del siglo veinte.

Esto es, que en el plano teórico se arriba a la conclusión que la acción y la omisión son irreconducibles, de modo que no tiene sentido, hasta ahora, tratar de buscar puntos de conexión sólidos en ambos delitos, distintos de la pura antijuricidad formal(287). Es menester advertir que la afirmación de considerar tipos especiales propios a la omisión impropia también le es aplicable a los delitos propios de omisión, ya que por ejemplo en el delito de omisión de auxilio la descripción típica limita los círculos de posibles sujetos activos, lo mismo podríamos decir de los delitos de deberes de asistencia.

Según García Cavero(288), existe una confusión de planos entre "delitos comunes y delitos especiales", basada en condicionamientos formales establecidos por el legislador. En cambio, la dicotomía "delitos de dominio y delitos de infracción de un deber" se refiere a una diferenciación material. Los delitos de infracción del deber no necesariamente pueden equipararse a los delitos especiales. Es cierto que normalmente un delito de infracción de un deber se expresa típicamente como un delito especial, pero existe también un deber institucional común a todos los ciudadanos: la solidaridad. En el delito de omisión del deber de socorro, el rol general de ciudadano se convierte en un rol especial que vincula esferas de organización próximas. Es un delito común de infracción de un deber, cuya punición se materializa no en el dominio del riesgo, sino en la infracción de un deber institucional.

En los delitos de comisión, la base imputativa reside fundamentalmente en la relación de causalidad existente entre la conducta del sujeto y el resultado típico, sin importar de algún modo los posibles círculos de autores, que dependen más bien de criterios de tipificación y a la naturaleza de los bienes jurídicos a proteger. Por el contrario, en los delitos impropios de omisión, por su especial estructura normológica (hay una norma prohibitiva que se infringe de manera omisiva), el sistema de imputación tiene que hacerse de manera restrictiva; ya que, por ejemplo, una norma enunciativa de mandato tiene

significativo es si los "delitos de deber" o por "competencia institucional" que pueden tener mucho de fundamentación material, es si aquella doctrina puede ser trasladada a los tipos de injustos de la parte especial (SANCINETTI. "Exigencias mínimas de la dogmática el hecho punible en la Parte General de los Códigos Penales". En: *CJP*. N° 11, Buenos Aires, 2001, p. 11. CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner. *Instigación al delito e interrupción de la prescripción penal*, Lima, 2006, p. 46 y ss.

(287) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*...2003, p. 468.

(288) GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. Barcelona, 1999, p. 42.

un mayor alcance para con la sociedad que una norma de prohibición, pues es distinto "no matarás", en la cual tiene que verificarse una acción positiva causal del sujeto hacia el resultado, y otra muy distinta es "respetarás la vida de tu prójimo", pues, en el día a día, nos encontramos con diferentes casos v. gr. al no dar no dar limosna a un mendigo podríamos estar atentando contra su vida, poniéndola en riesgo (tentativa de homicidio o lesiones leves o graves).

En el ejemplo de una piscina pública, donde se está ahogando una persona, estando presentes bañistas circunstanciales, bañistas permanentes y el salvavidas contratado para tal efecto. Habrá aquí que diferenciar dos situaciones: no es lo mismo catalogar la conducta, en términos penales, de los bañistas que la del salvavidas, porque el ordenamiento jurídico espera de los bañistas una prestación activa de cara a interrumpir el curso causal latente de producción resultativa, y del salvavidas que realice tal prestación activa precisamente por encontrarse emplazado jurídicamente (en garantía) con la vida de las personas concurrentes. Los bañistas no responderán por homicidio, que sí sería imputable al salvavidas.

De acuerdo con un amplio sector de la doctrina, la diferencia entre una omisión propia e impropia está en el sujeto activo. Se encontró una limitación dogmática no en la conducta típica ni en el resultado, sino en el círculo de autores. Se trata de una responsabilidad especial de garantía en relación con determinados bienes jurídicos que corren peligro y que los afectados confían a la intervención positiva del garante; en otras palabras debe mostrarse una "causa jurídica específica" para que alguien excepcionalmente pueda ser responsable de haber omitido actuar positivamente para proteger bienes jurídicos ajenos(289) .

Lo que sí está claro es que se trata de una selección imperativa de sujetos para la realización del delito de omisión impropia. Ser "garante" en Derecho Penal es una condición típica de la que está investida una persona, que la adquiere en algún momento de su vida y en virtud de un hecho relevante, pues nadie nace garante de nada ni de nadie, es decir, ningún sujeto nace "funcionario" o "empresario". Ser garante implica una reducción que reconoce su fundamento, en última instancia, en un principio de libertad de los ciudadanos, conforme al

(289) JESCHECK, 1981, p. 584. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "La tipicidad en el Derecho Penal". En: *Una visión moderna de la teoría del delito*. Lima, 1998, p. 34. "Tiene que haber un 'motivo jurídico especial' que haga responder a las personas por omitir la protección de bienes jurídicos, cuyos titulares confían o deben confiar en que van a ser protegidos precisamente por aquella persona".

cual estos son libres para comportarse como lo deseen, a menos que su comportamiento constituya, de manera patente, una trasgresión normativa(290).

Es menester advertir que la posición de garante es una característica de un sujeto que precede a las conductas concretas que vaya a realizar luego de su adquisición en el ejercicio de las funciones que le corresponden. La posición de garante, en concreto, precede siempre a la omisión de cualquiera de las acciones que le es posible realizar al garante en el ejercicio de sus funciones(291).

La doctrina afirma que la calidad de garante es un elemento que determina el nacimiento de la estructura típica por omisión impropia, porque solamente a quien tiene esa condición personal frente al bien jurídico merecedor de protección penal se le puede imputar (valorativamente) el resultado típico, como si verdaderamente lo hubiese causado activamente. En ese sentido, Soler afirma que "el límite para la interpretación está señalado por esta pregunta: ¿Cuándo el orden jurídico impone a un individuo el deber de evitar un resultado, bajo la amenaza de imputarle el resultado como si fuera obra suya? La mera abstención se transforma en omisión punible, cuando el que habría evitado el resultado era jurídicamente exigible (…) si el sujeto tenía el deber jurídico de evitar resultado"(292).

Por su parte, Frías Caballero, Codino y Codino afirman que "es importante señalar que el deber de intervenir para cesar la situación de peligro únicamente incumbe a la persona puesta en el Derecho para eso (esta persona se denomina 'garante')"(293).

El profesor Donna, comentando la figura delictiva de abandono de personas del artículo 106 del Código Penal argentino, dice que se trata de un delito de autor calificado: "solo puede serlo el sujeto que está obligado a mantener o cuidar a un incapaz de valerse, o quien ha incapacitado a la víctima. Es decir, quien ocupa una **posición de garante**"(294).

Fierro, por su parte, estima que la "doctrina moderna llama a esas personas como garantes, tratándose de sujetos a quienes el orden jurídico coloca en

(290) Así, NOVOA MONREAL, 1984, p. 135.
(291) GRACIA MARTÍN. "Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)", p. 476.
(292) SOLER. Tomo I, 1983, p. 385.
(293) FRIAS CABALLERO / CODINO / CODINO, 1993, p. 208. En este sentido: CREUS, Carlos. *Derecho Penal, Parte General.* p. 177.
(294) DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo I, p. 273.

una posición de garante y les impone un especial deber de actuación con relación al bien cuyo cuidado se encuentra a su cargo"[295].

Si bien es cierto resultaría racional sostener que el Estado (a través de la omisión impropia) no debería tener injerencia en la esfera privada de las personas, también es cierto que las personas, una vez que asumieron voluntariamente o por actividad anterior crearon peligro para los demás, deberían recibir algún tipo de tratamiento jurídico, en consecuencia, deben asumir su responsabilidad de las consecuencias que se originen de tales actos, y esto sí responde a una lógica de convivencia social: el sentido común nos dice, cada uno es responsable de sus actos y de las asunciones voluntarias que realicen.

Definitivamente, esta realidad no puede ser obviada por el Derecho Penal –y con ello no se pretende vulnerar el principio de última ratio–, pues resulta ser, en nuestro contexto cultural, una forma de asumir determinados roles "jurídicos" que fundamentan uno de los elementos típico-objetivos de la omisión impropia: la autoría delictiva. La calidad de garantía (fuente y situación) se construye sobre la base de delitos especiales, o llamados por otros autores delitos de infracción del deber.

En España constituye doctrina mayoritaria considerar la idoneidad de la posición de garante para fundamentar la equiparación entre los delitos de acción y los de omisión, ello es el eje central sobre el que se articula esta construcción para la equiparación entre ambos comportamientos[296]. Es así que, desde el punto de vista histórico-dogmático, la posición de garante nació con la idea de que un delito de omisión jamás podrá ser idéntico a un delito de comisión, si no viene precedido por el elemento "posición de garante", el mismo que permitía cerrar el círculo de posibles autores; en otras palabras, la posición de garante era la base fundamental para tal equivalencia[297].

Como habíamos dicho anteriormente, uno de los problemas neurálgicos que enfrenta la omisión impropia es precisamente el respeto al principio de

(295) FIERRO, Guillermo Julio. *Causalidad e imputación*, 2002, Buenos Aires, p. 373.

(296) Así, en este sentido, REBOLLO VARGAS, Rafael. "Algunas reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el Código Penal español". En: QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS (coord.), *El Nuevo Derecho Penal español*. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Navarra, 2001, p. 657. Por ejemplo: SILVA SÁNCHEZ. "El Sida en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad". En: *DP*. Nº 59/60, Buenos Aires, 1992, p. 345 y ss. Este autor establece una "posición de garantía" cualificada de los funcionarios de la administración penitenciaria (carácter de "institucional total") con respecto de los internos. EL MISMO: "La libertad de terapia y responsabilidad penal del médico". En: *CD* y *JP*, año VII, Nº 12, Buenos Aires, 2001, p. 205.

(297) MEINI MÉNDEZ. "La comisión por omisión. Una interpretación alternativa del artículo 13 del CP". Ob. cit., p. 428.

legalidad (principio de reserva) y su configuración en tipos abiertos, porque ni en la parte general ni en la especial se indica quién será el correspondiente autor, al contrario de lo que sucede en los delitos propios de omisión.

Ahora bien, uno mismo no puede asumir un rol social de asunción de responsabilidad de sus propios bienes jurídicos, en otras palabras, no se admite jurídico-penalmente las "autogarantías". El Estado, como ente abstracto y colectivo, no puede inmiscuirse en las esferas jurídicas ajenas sancionando penalmente las conductas de aquellas personas que, por ejemplo, decidieron acabar con su vida.

En este supuesto, considero que los niveles de garantía se dejan al libre albedrío, salvo que exista una garantía respecto de cada individuo de preservar el género humano, además de que sería cuestionable la incorporación como bien jurídico-penal la "preservación de la raza humana".

El concepto "calidad de garante" tiene la característica de ser un concepto de relación: se habla de garantía en función o en relación a "algo" o a "alguien", y estos "terceros" tienen que ser distintos a quien o a quienes asumen los roles de compromiso. Esta afirmación no debe confundirse cuando uno realiza habitualmente mecanismos de defensa (repeler una agresión ilegítima, por ejemplo) en salvaguarda de sus propios bienes jurídicos.

## IX. Excurso: Algunas cuestiones puntuales en torno a la autoría en el Derecho Penal

### 1. Welzel y su pensamiento en la posición de garantía (de autoría) en los delitos de omisión

Hans Welzel se muestra un tanto cauteloso y prudente a la hora de tomar posición por tal o cual teoría sobre la calidad de garantía, que según él es la parte extralegal del tipo que debe elaborar el juez. En un principio acepta una trilogía en la estructura por la cual el garante tiene el deber de evitar resultados: ley, contrato e injerencia, pero durante el desarrollo teórico de estos se observa un cierto distanciamiento, pues, por ejemplo, en la ley puede estar reconocida directamente como más importante el deber de protección y asistencia entre parientes; y acepta también que el garante puede provenir además por **asumirse de hecho** la garantía.

Sin embargo, destaca una postura funcional cuando señala: "Más bien, es decisivo el asumir fáctico de la posición de deber correspondiente al contrato,

y ciertamente, solo cuando comienza la situación de peligro, de cuyo manejo está encargado el garante"[298]. En lo que respecta a la **injerencia** destaca que debe tenerse en consideración el principio de confianza. Lo que sí llama la atención, es que Welzel acepte que la garantía puede fundarse en una **especial relación de lealtad**, que puede ser de dos clases: la "comunidad de vida" y la "comunidad de peligro". Esta última se reduce a otras dos, enraizadas con la injerencia: por un lado, a una garantía de protección asumida recíprocamente y, por otro, a la "concepción de monopolio", esto es, el estar dependiente de una ayuda recíproca[299].

Lo que sí deja constancia Welzel son las clasificaciones ulteriores, sobre todo aquella que viene a sustituir la diferenciación de acuerdo a la procedencia del deber de garante, por una funcional que distingue según la labor de defensa que tenga el obligado; y que dieron como resultado la ampliación de la responsabilidad del garante por sobre el seguro contingente tradicional de garantía.

En tal sentido, con toda razón sostiene que con esta tendencia "se corre el peligro de que mediante la 'des-positivación' de los deberes de acción, se pierda la línea divisoria entre un deber meramente ético-social y otro consolidado jurídicamente"[300]. "Sin embargo, aunque no se pueda volver al primitivo y restringido punto de partida de un deber jurídico formulado en la ley, hay que exigir la consolidación jurídica del deber de garante: esto es, la responsabilidad del garante, aunque no se lea directamente en la ley, tiene que poder ser confirmada por la ley".

## 2. Los deberes institucionales y de organización en la doctrina de Jakobs. Crítica

Una opinión que está cobrando especial consideración en la doctrina de la omisión impropia es la sostenida por Günther Jakobs en la forma de estructuración de los sujetos garantes[301]. Este autor, en principio, gravita su centro de imputación del delito de omisión no precisamente en la posición de garante,

(298) WELZEL, 1970, p. 295.

(299) Ibídem, p. 300. El mismo: *Derecho Penal. Parte general.* (traducción de Carlos Fontán Balestra), Buenos Aires, 1956, pp. 207 y 208 establece como cuarta posición de garantía una relación especial de confianza.

(300) Ibídem, p. 293.

(301) En España seguramente el profesor Enrique Bacigalupo sea el más significativo seguidor de Jakobs en la distinción entre deberes institucionales y deberes derivados de la organización. En su última obra: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Lima, 2006, p. 662 y ss. desarrolla los deberes de garantía propuesto por el Profesor Jakobs, lo cual da a entender que sigue la línea funcionalista en la omisión impropia en la posición de garante.

sino en una vulneración de deberes jurídicos(302). En consecuencia, Jakobs no elabora la teoría del delito sobre la distinción entre comisión y omisión, sino entre deberes que provienen de la organización de la intervención del agente y deberes que provienen de la posición institucional de este. Por lo tanto, los delitos de dominio se corresponden con el ámbito de la organización de la propia actividad (siendo irrelevante que se trate de una acción o de una omisión), donde resaltan los delitos de aseguramiento de la relación, injerencia y asunción de deberes –se trata de ámbitos de responsabilidad por peligros– y los delitos de infracción, que se refieren al ámbito institucional, donde resaltan las relaciones paterno-filiales, el matrimonio, relaciones de confianza, relaciones estatales de poder. Así las cosas, los deberes en virtud de una competencia de organización –dominio para Roxin– son el primer fundamento de responsabilidad, y a ello se refieren los **deberes generales de actuación**, que toda persona está obligada a cumplir, pues incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más elemental el de no lesionar a los demás en sus bienes –*neminem laede*–.

Siguiendo a Caro John, decimos que la "existencia de los deberes generales hace que la libertad general de configuración que tiene cada persona no sea ilimitada, y de hecho tiene que haber límites a la libertad. Los límites a la libertad surgen de la posición jurídica que ocupa cada persona en sociedad, es decir, de su haz de derechos y obligaciones al que debe ajustar su conducta en su mundo socialmente configurado –nadie que viva en sociedad se comporta como un ermitaño que solo respeta las normas de su convivencia–(303).

La teoría formal de las calidades de garante encuentra vigencia en los planteamientos modernos de Jakobs sobre las llamadas competencias institucionales y organizacionales. En estos últimos estamos ante los delitos de dominio, es decir, aquellos delitos en los que se castiga a un ciudadano por organizarse de una manera tal que se generen riesgos frente a terceras personas. Para poder ser garante en estos delitos es necesario que el ciudadano haya asumido la

(302) JAKOBS, 1997, p. 969. como "(...) ley requiere un deber de responder de carácter jurídico, la fuente debe proporcionar deberes jurídicos –y no, p. ej. "solo" morales–. Y como además se trata de delitos de omisión impropia tiene que ser de la importancia del deber jurídico de omitir en los delitos de comisión". Desde esta perspectiva, existen autores como REYES ALVARADO, Yesid. "La imputación objetiva y el delito de enriquecimiento ilícito". En: *CDJP*. Nº 6, p. 99 que conecta la omisión impropia (posición de garante) con la teoría de la imputación objetiva. Este autor dice que: "(...) debe quedar claro es que dentro de esta particular concepción de la teoría de la imputación objetiva las denominadas "posiciones de garante", es decir, los deberes de conducta que socialmente le son impuestos a los miembros de una determinada comunidad tienen importancia en cuanto sirven de parámetro para establecer cuándo una conducta es creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, sin que con ello se agote el juicio de imputación objetiva".

(303) CARO JOHN. 2003, p. 56.

competencia concreta por el dominio del riesgo. Distinto es el caso de competencias institucionales, ya que el criterio del riesgo es reemplazado por la infracción de un deber institucionalmente configurado. Se trata de los delitos de infracción de un deber, en los que la posición de garantía no se determina por la asunción efectiva de una posición de dominio, sino por la vinculación formal establecida en virtud de una institución social específica, como la familia (padre-hijo o esposos) o los deberes estatales (funcionarios públicos)(304).

Los deberes positivos y negativos son aquellos que resultan de la necesidad de garantía de las relaciones entre personas en el interior de una sociedad. El hecho de que esta clase de deberes genere posiciones de garantía hace que la discusión sobre la limitación de los deberes negativos a prohibiciones y los positivos a mandatos sea sobrepasada, pues los negativos contienen tanto la prohibición de causar lesiones a través de una actividad, como también mandatos de contener cursos lesivos. De igual forma, los deberes positivos contienen tanto prohibiciones como mandatos, y en verdad, esto no es más que el resultado de una vinculación jurídica en la que el contenido del deber está determinado por estrechas relaciones entre personas. Estos surgen de una realidad negativa que contiene una expectativa de omisión (no lesionar otra persona) y de una relación positiva porque la expectativa es de acción (proporcionar ayuda a una persona determinada)(305).

Planteada así la cuestión, la posición de garante, que en su momento constituyó elemento primordial y exclusivo en el delito impropio de omisión –solo si existe una posición de garante el sujeto tiene la obligación de evitar el resultado típico, y si es autor de un delito de comisión no se le exige ser garante, por lo tanto, no está obligado a evitar el resultado típico–, actualmente se emplea en la comisión, teniendo en cuenta que lo decisivo en la formulación del Derecho Penal no es la mera causación del cambio del mundo exterior, sino si se han defraudado las expectativas que los roles sociales conllevan y que se encuentran jurídico-penalmente protegidas(306).

Perdomo Torres dice que el "fundamento para el surgimiento de deberes de garantía debe ser buscado directamente en la sociedad y, en verdad, no a

(304) Véase, en este sentido: GARCÍA CAVERO, Percy. "La comisión por omisión en el Código Penal peruano". Texto mecanografiado (inédito).

(305) PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. "Algunas consideraciones dogmáticas sobre la regulación de la comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano", cit. p. 466. El mismo: *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Santa Fe de Bogotá, 2001, pp. 148, 149 y 150.

(306) En este sentido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. "Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte". En: *CDJP*. N 7, 1997, p. 303 y ss.

través de abstracciones terminológicas como la 'posición social' o 'rol social' (a pesar de que estos conceptos también cumplen aquí un papel importante), sino de la mano de aquellas condiciones básicas y necesarias para la configuración social, es decir, de la mano de aquellas circunstancias que garantizan la identidad normativa de la sociedad"(307).

Ello lleva a una responsabilidad en una doble vertiente. En primer lugar, una responsabilidad de un ámbito de **organización**, en el sentido de que a las personas que están incursas en la omisión se les llaman garantes, lo que a su vez conduce a que los seres humanos configuran la realidad y responden si la configuran en un ámbito en que son otros los que están autorizados para configurarla. En segundo lugar, los seres humanos viven en el marco de ciertas vinculaciones características hacia los demás, esto es, ostentan determinados roles. Producen una defraudación si abandonan su rol; esto conduce a la responsabilidad por la lesión de una **institución**. Por ejemplo: el automovilista es garante de que el empleo de su vehículo no produzca daño alguno, y "empleo" significa que, según la situación, no debe acelerar (y si a pesar de ello lo hace, realiza, porque actúa, un delito de comisión) o debe frenar (y si no lo hace, realiza –"comete"– un delito de omisión, porque no hizo lo que era correcto). En el ámbito de la competencia institucional es igual de simple superar el límite entre movimiento corporal y no hacer nada. Y no es otra cosa que aquel ámbito que Jakobs ha esbozado para el delito de comisión bajo el rótulo de "imputación objetiva", de esta forma la omisión se configura como omitir la salvación ante el peligro y solo se responde si su abstención es determinante.

Jakobs sustenta no solo su criterio del delito omisión impropia en las llamadas esferas de competencias de los sujetos competentes, sino que dichas esferas de competencias sustentan casi toda su teoría de la imputación penal. Por eso para Jakobs las posiciones de garantías deben ser múltiples en su contenido y también en su aplicación (son alrededor de casi dos docenas de posiciones de garantía), y ello en alguna medida tiene sentido, pues su teoría de la omisión impropia es en realidad su teoría del delito, o mejor dicho, su teoría de la imputación penal.

Es decir, que para Jakobs si el sujeto apretó el acelerador de su automóvil o lo dejó de apretar en un momento determinado que finalmente provocó un accidente de tránsito, no tendrá transcendencia para el Derecho Penal, ya que lo más relevante –en una posición normativa radical– es si el sujeto activo organizó un peligro que podría dañar a terceras personas (competencia

(307) PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Santa Fe, 2001, p. 147.

por organización); o si al sujeto le incumbe un deber institucional que lo obliga impedir determinados resultados típicos (competencia por institución)[308], todo ello en el marco del rol que debe ostentar cada ciudadano en una determinada sociedad.

Incluso en una propuesta como la que proponen los seguidores del normativismo penal radical no haría falta una cláusula en la parte general del Código Penal –ni tampoco en la parte especial– para los delitos de omisión impropia ya que en una lectura adscriptiva de los diferentes tipos penales no sería necesario hacer todo el rodeo argumental, pues la omisiones pueden dar pie también a una imputación penal siendo solo indispensable precisar en qué casos el resultado típico se le puede imputar a un omitente desde los delitos de la parte especial[309].

En este parte resultan pertinentes las palabras del profesor Gracia Martín en relación con la crítica a la teoría del normativismo penal radical: "Independientemente de que las exposiciones de cada una de las posiciones de garante en Jakobs podrían insertarse en el lugar sistemático correspondiente de los Manuales de Derecho Civil, de Derecho administrativo, etc., sin que estos acusaran ninguna contaminación penal a la vista de la orfandad jurídico-penal de las posiciones de garante en tal exposición –por lo demás característico en todas las exposiciones semejantes de la doctrina dominante–, interesa subrayar aquí que no solo el elevado número de posiciones de garante explicadas por Jakobs, sino sobre todo el hecho de que cada una de ellas revele tener una vida propia e independiente con respecto a las demás, conforma precisamente la lejanía de Jakobs –y, con él de la doctrina dominante de la comisión por omisión, de la que Jakobs no es más que un exponente digno de mención– del modo de proceder a una –en palabras de Gimbernat– 'fructífera aprehensión sistemática de los problemas y de las instituciones penales', y su completa inmersión, por el contrario, en una –también por Gimbernat denominada– 'tópica exasperante y caótica'"[310].

(308) Véase, para más referencias: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá, 2001, p. 72 y ss. GARCÍA CAVERO, Percy. "Algunas consideraciones sobre el funcionalismo en el Derecho Penal". En: JAÉN VALLEJO, Manuel (dir.) / REYNA ALFARO, Luis M. (coord.). *Sistemas Penales Iberoamericanos*. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario, Lima, 2003, p. 166 y ss.

(309) Véase, por ejemplo la propuesta para el derecho peruano de: GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima, 2007, p. 620 para los delitos de defraudación tributaria.

(310) GRACIA MARTIN, Luis. "Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)". En: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pp. 427 y 428.

Para nosotros la problemática de la omisión (impropia) no descansa en las llamadas esferas de competencias de los sujetos competentes, sino más bien, entre otras, en la problemática que enfrenta los delitos de omisión y, obviamente en su "similitud" a los delitos de comisión. Debe, pues, buscarse puntos sólidos de aquella equivalencia; por eso, pusimos énfasis en la solución del problema planteado en la llamada "equivalencia típica", que para Jakobs resulta irrelevante jurídico-penalmente.

# Capítulo 2
# LA TEORÍA Y LAS CLASES DE PARTICIPACIÓN CRIMINAL

# Capítulo 2
## La teoría y las clases de participación criminal

## I. Introducción

Uno de los temas que suscita la atención de quienes deben interpretar la ley penal, como son los jueces a la hora de decidir y resolver un caso, es el respeto irrestricto a determinadas instituciones y principios jurídicos, la mayoría de ellos de jerarquía constitucional. Aquí nuestro interés se centra en el principio de legalidad, que es el "principio de principios" en el campo del Derecho Penal, y en general del sistema penal.

En los sistemas de Derecho liberal se establecen determinados delitos y su consecuentemente sanción jurídico-penal, en consecuencia, para el penalista el significado de la ley es un verdadero dogma, es decir, debe de tenerse por verdad firme y cierta para el Derecho Penal. El dogma penal *nullum crimen nulla paena sine lege* (no hay delito si no está señalado en la ley), así como la proscripción de la analogía(311), establecido en el artículo 139.9(312) de la Constitución peruana y en el artículo III(313) del Título Preliminar del Código Penal, son consecuencia directa de lo que estamos manifestando.

(311) La analogía como integración normativa está proscrita en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139 inciso 9 de la Constitución). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (En este sentido, HURTADO POZO: "A propósito de la interpretación de la ley penal". En: *Derecho*. Nº 46, PUCP, 1992, p. 89). Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos. (BACIGALUPO: "El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo". En: *Actualidad Penal.* Nº 38, 2002). Véase para más detalle: SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. "La analogía en el Derecho Penal peruano. Un análisis casuístico para su desmitificación y la lucha por una jurisprudencia liberal y creativa". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 93, 2006, p. 185 y ss.

(312) **Constitución, artículo 139.-** "Son principio y derechos de la función jurisdiccional: (…) 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos".

(313) **Código Penal, artículo III**.- "No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde".

El mensaje del principio de legalidad es que solo se considera lícito y racional castigar penalmente una conducta en tanto esté descrita en una norma penal. Sin embargo, la racionalidad de las decisiones judiciales encuentra, hasta cierto punto, una cuota de legitimidad en la medida que se ajuste no solamente a los requerimientos típicos (principio de legalidad penal), sino también a los cánones que impone la dogmática jurídico-penal. Así, la ley penal debe encontrar un trasfondo en las categorías que exige la dogmática para alcanzar una cierta previsibilidad en las resoluciones judiciales. Como es sabido en el Perú, a través de un proceso constitucional de hábeas corpus, se puede cuestionar una resolución judicial en el que se haya aplicado –de manera errónea– una norma legal, es decir, se cuestionaba su legitimidad constitucional debido a una falta de tipicidad del delito o de la pena de manera clara y precisa(314).

(314) Sobre las implicancias del principio de legalidad en un determinado caso y el proceso de hábeas corpus como reparador a la vulneración del principio de legalidad (que en realidad, a mi juicio, representa un derecho mucho más amplio "Derecho a la obtención de una resolución con imputación concreta"); véase, para más detalle, mi artículo: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "¿Existe el derecho a obtener una resolución con imputación concreta? Una aproximación a su problemática". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 154, Lima, setiembre de 2006, p. 117 y ss. En este sentido: LANDA ARROYO, César. "Interpretación constitucional y Derecho Penal". En: Hurtado Pozo, José (Director), *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal 2005*, Lima, 2006, p. 99, anota que el Tribunal Constitucional peruano puede abordar la litis desde una línea jurisprudencial estricta dada la doble función constitucional de los procesos constitucionales:

a) Así, tenemos una interpretación **estricta** del hábeas corpus que es cuando el juez constitucional examina la tipicidad penal en tanto afecta el derecho fundamental a la libertad personal demandado sobre la base del expediente judicial ordinario, cuando otorga mérito constitucional suficiente a los actuados judiciales. Se llama la tesis de la automoderación, según el cual el hábeas corpus cumple una dimensión subjetiva, y tutela situaciones concretas en que se hallan los particulares. En función de ello, el juez constitucional asume lo resuelto por el juez ordinario *iure et de iure*. Con estos recaudos procesales indiscutibles se pasa luego a realizar un examen de la motivación y relevancia constitucionales de la tipicidad penal que afecte al demandado derecho fundamental a la libertad.

b) Por otro lado, tenemos la interpretación **flexible** del hábeas corpus, que es cuando el juez constitucional adquiere plena jurisdicción sobre el fondo y la forma del proceso, y realiza un examen constitucional de la motivación del fallo y de la relevancia de lo actuado judicialmente (*judicial activism*). A partir de la tesis de la dimensión objetiva del hábeas corpus –que va más allá de los intereses particulares en juego–, el juez constitucional asume competencia para examinar el juicio ordinario con un canon constitucional propio del Supremo Intérprete de la Constitución, con lo cual puede revisar la tipificación penal, ya sea la establecida por el legislador o la que interprete el juez penal en tanto no sea conforme a la Constitución.

Finalmente, Landa Arroyo (p. 102) dice: "Dentro del marco de un proceso constitucional de hábeas corpus no corresponde determinar la responsabilidad penal de una persona, lo que es competencia exclusiva de la justicia penal ordinaria. No obstante, cabe señalar que es al Tribunal Constitucional al que le corresponde, de pleno Derecho, tanto examinar la resolución judicial elevada en revisión como apreciar la norma legal aplicada por el juez, cuando de su constitucionalidad depende la decisión final sobre la demanda de hábeas corpus, por cuanto en el curso del proceso judicial una errónea o falsa aplicación o interpretación de la tipificación penal cuestionada puede haber afectado el derecho fundamental a la libertad personal demandado o el ordenamiento constitucional mismo".

Empero, en Derecho Penal pasa algo curioso que en otro lado lo hemos expresado(315), el juego sistemático de la imputación jurídico-penal pasa fundamentalmente por dos cuestiones puntuales: la parte general y la parte especial de los Códigos Penales. En la parte especial –como se sabe– se describe taxativamente todas las conductas criminales y donde se anexa una sanción penal; en la parte general, en cambio, se describe un conjunto "unitario" de reglas de imputación penal para los delitos contenidos en la parte especial. Y aquí es donde quisiera detenerme, ya que por ejemplo en el rubro "autoría y participación" se desprende varias temáticas que vale la pena mencionarlas(316): por ejemplo, después de un largo periodo se ha llegado a un consenso en la ciencia penal de que la teoría del "dominio del hecho" en el autor y la "accesoriedad de la participación criminal" son los criterios rectores para imputar un título de responsabilidad al sujeto activo, pero estos conceptos no están descriptos taxativamente en las disposiciones genéricas del Código Penal peruano y de ningún código del Derecho comparado(317), pues tanto el concepto de dominio del hecho y la accesoriedad son bases teóricas que fundamentan determinadas instituciones como la "autoría y participación". En otras palabras, sirven para interpretar y delimitar las contribuciones que realizan los cointervinientes en un determinado hecho criminal.

Pero no siempre estuvo "de modo" la teoría del dominio del hecho en la autoría y la accesoriedad en la participación criminal, pues en su momento lo

(315) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "La responsabilidad penal en forma mediata. Especial mención a las intermediaciones en el ámbito de organizaciones de poder (primera parte)". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 150, Lima, mayo de 2006, p. 111.

(316) Además, la parte general y la parte especial no solo representan un valor de **interacción dinámica**, sino también un valor de *exclusión*, en el sentido que las reglas de la participación criminal si bien se refieren a las normas de la parte especial, no expresan criterios de aplicabilidad. Dichas metanormas obligan a amplificar las normas de la parte especial (crear nuevas normas de la parte especial): a partir del artículo 106 del Código Penal (tipo de homicidio simple), tendríamos una norma para el autor/coautor/partícipe primario/instigador. Cabe insistir en su carácter meta-normativo, debido a que su funcionalidad depende de la existencia y/o aplicación de la norma (objeto) de la parte especial. En este sentido: ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y Derecho Penal*. Buenos Aires, 2006, p. 150. Este autor dice que: "Toda sentencia penal condenatoria siempre debe hacer referencia al menos a una norma de la parte especial, es decir, a un tipo penal que especifique una conducta con su pena respectiva. Ninguna condena penal es imaginable sobre la exclusiva aplicación de normas de la parte general. De ahí se concluye que toda las normas de la parte general, por más complejas que establecen, son dependientes de su vinculación metanormativa con al menos una norma especial".

(317) Véase, en este sentido: GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. *La responsabilidad penal del coautor*. Valencia, 2001, p. 540, quien anota: "Respecto a la regulación contenida en el Código Penal español de 1995, debemos afirmar que el ordenamiento jurídico-penal español no se decanta expresamente a favor de ninguno de los sistemas o conceptos anteriores. Correctamente, la doctrina científica española, *pese a la carencia de un reconocimiento expreso del principio de accesoriedad,* ha optado de forma prácticamente unánime por el restrictivo de intervención delictiva que acepta la diferenciación entre formas de autoría y de participación".

estuvo la teoría unitaria de la participación, donde no se distinguían los aportes de los sujetos, después estuvo de moda la teoría formal-objetiva, etc.; es decir, cada base teórica de la participación criminal responde una determinada concepción dogmática del hecho punible. Solo así se puede interpretar lo dicho en la sentencia del Tribunal Constitucional, del 29 de abril de 2005, Exp. Nº 1805-2005-HC/TC, caso Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, que en el punto 32 tiene dicho lo siguiente:

> "(…) es menester precisar que si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un *íter* procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú, razón por la cual el Tribunal Constitucional estima conveniente revisar el marco teórico-jurídico de las formas de intervención delictiva".

Lo que debe dejarse en claro es que siempre, o casi siempre, el soporte teórico-jurídico que fundamenta una institución dogmática (en este caso, la "autoría y participación") avanza mucho más rápido que la visión congelada de la ley penal. A veces las disposiciones penales, en la parte general, solo sirve para acreditar que existe un Código Penal responde a una determinada línea de imputación, pero sin afiliarse contundentemente a ella, ya que eso traería serios problemas a la hora de la interpretación judicial.

Si el principio de legalidad cumpliría verdaderamente una función real en la parte general del Código Penal, el principio de accesoriedad en la participación criminal no debería aplicarse, ya que esta no se encuentra incorporada expresamente en las disposiciones generales sobre autoría y participación. Lo mismo podríamos decir del "principio de confianza", del "principio de riesgo permitido", etc. que son criterios –en su mayoría normativos– que sirven –y quien puede dudar ahora de ello– para interpretar y delimitar en mejor medida los ámbitos de responsabilidad penal de tipo culposo. Así, tampoco debería la ley decidirse si se adopta una teoría material, formal o mixta para la calidad de garantía en los delitos impropios de omisión.

En consecuencia, y volviendo a nuestro tema, el principio de la accesoriedad como criterio fundacional –actualmente en los ámbitos de responsabilidad del partícipe– debe permanecer del lado de la dogmática jurídico-penal, que es su lugar de origen, y no del lado de la ley penal que pertenece al legislador y al derecho positivo, lugar que solo ha servido para confirmar y dar vistos de "literalidad" a aquello que la dogmática (mayoritaria) la ha tomado como válida y cierta. La fórmula lleva a la misma extensión de la tipicidad, pero no

directamente, sino poniendo en conexión las normas de la parte especial con las de la parte general.

En tal sentido, la parte especial de los delitos solo está dirigida a los autores directos, en cambio, para buscar la responsabilidad penal de los autores mediatos, coautores, y para la participación criminal (inductores y la cómplice primaria y secundaria) necesitamos volcarnos hacia la parte general. Sin embargo, a la luz del Código Penal peruano se puede percibir ya en la Parte especial determinados tipos que sancionan la conducta del partícipe, es decir, de manera autónoma, sin esperar la contribución del autor principal. Así, por ejemplo, pueden citarse los artículos 113(318), 148(319), 148-A(320), 152(321), 244(322), 247(323) y 302 del Código Penal(324).

Empero actualmente no solo se puede establecer una cierta vinculación del juez a la ley penal, sino también una vinculación del juez hacia los "precedentes" como un valor fundamental y casi "excluyente" en el sistema penal(325).

(318) El artículo 113 del Código Penal peruano, primer párrafo, prescribe: "El que **instiga a otro** al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años".

(319) **Artículo 148 del Código Penal peruano:** "El que **induce** a un menor de edad a que se fugue de la casa de sus padres o de la de su tutor o persona encargada de su custodia será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas".

(320) **Artículo 148-A del Código Penal:** "El que **instiga o induce** a menores de edad a participar en pandillas perniciosas, o actúa como pandilla, líder o jefe, para cometer las infracciones previstas en el Capítulo III-A del Título III del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez (10) ni mayor de veinte (20) años".

(321) En el artículo 152 del Código Penal peruano, tercer párrafo, prescribe que: "La misma pena se aplicará al que con la finalidad de **contribuir a la comisión de delito de secuestro**, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio, o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito".

(322) En el artículo 244 del Código Penal peruano, último párrafo (modificado por el artículo 3 de la Ley Nº 28755 del 6 de junio de 2006) dice: "Los beneficiarios de las operaciones señaladas en el presente artículo, **que hayan participado en el delito**, será reprimidos con la misma pena que corresponde al autor".

(323) En el artículo 247 del Código Penal peruano, segundo párrafo prescribe: "Los acciones, asociados, directores, gerentes y funcionarios de la institución que **cooperen en la ejecución del delito,** serán reprimidos con la misma pena señalada en el párrafo anterior y, además, con inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4".

(324) El artículo 302 del Código Penal peruano, primer párrafo, prescribe: "El que **instiga o induce a persona determinada** para el consumo indebido de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y noventa a ciento ochenta días-multa".

(325) HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy.* Traducción de Patricia S. Ziffer, Buenos Aires (primera reimpresión de 2003), pp. 42-43: "Junto a una formación y selección de los juristas orientada al estado de derecho, para la concreción de la prohibición de analogía son también de importancia sobre todo dos cuestiones que caracterizan en cierta medida a nuestra justicia penal: la formación de la jurisprudencia en un sistema transparente y su acompañamiento crítico por la opinión pública.

En efecto, existe un efecto vinculante de la ley a través del derecho creado por los mismos magistrados en aplicaciones anteriores a la ley(326).

---

El temor de que la prohibición de analogía a disposición del juez tenga como consecuencia subjetivismos imprevisibles e indominables por parte de los jueces particulares en perjuicio del afectado, carecería de fundamento; no se tomaría en cuenta que la jurisprudencia, en las formas de organización modernas, constituye un sistema complejo de información, control y corrección recíproca. La jurisprudencia está "sujeta"a sí misma (menos afectivamente a la ley, sino, en la práctica, en forma múltiple): las instancias más bajas en la misma causa, a la decisión de las más altas, y todas a la "opinión dominante" o a las propias tradiciones del tribunal. La mayoría de estos vínculos son informales, pero no por ello menos efectivos; por regla general, evitan modificaciones espontáneas. Por cierto, su problemática también se ve claramente: la falta de transparencia de un sistema complejo para quien está fuera de él. Aquí solamente se puede ayudar a largo plazo mediante los instrumentos "blandos" de una mejor información de la opinión pública acerca del interior de la justicia (medios, instrucción jurídica)". Véase, también: CASTILLO ALVA, José Luis. "El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional, su alcance y valor en el derecho peruano". Disponible en: <www.unifr.ch/derechopenal/artículos/pdf104noviembre06/castilloalva_precjudic.pdf>.

(326) Así, SAN MARTÍN CASTRO, César. "Estudio preliminar, presentación y prólogo" al libro de PÉREZ ARROYO, Miguel. *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, Lima, 2006, p. 13. El valor de la jurisprudencia del Supremo Tribunal, conforme a la legislación vigente, se desenvuelve a partir del presente panorama:

a) El artículo 22 de la LOPJ estipula que, en principio, no cualquier sentencia del Tribunal Supremo puede configurar doctrina jurisprudencia y vincular a los tribunales inferiores. Solo lo serán aquellas Ejecutorias que trimestralmente la propia Sala Suprema define y únicamente en el ámbito concreto –*ratio decidendi*– que ella misma disponga. La obligatoriedad de los fallos, sin embargo, no es absoluta, pues los jueces y magistrados pueden apartarse de su sentido siempre que lo motiven expresa y especialmente –exigencia de previa motivación de la discrepancia.

b) El artículo 80.4 de la misma LOPJ modificado por el artículo 2 de la Ley N° 27645 también permite al Supremo Tribunal instituir fallos vinculantes o de principio. Para esto se requiere que trimestralmente así lo acuerden la Sala Plena de la Corte Suprema. En este supuesto, pareciera que no cabe que ningún órgano jurisdiccional inferior pueda apartarse de este tipo de sentencia.

c) El artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° 959, a semejanza del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, estipuló lo siguiente:

1. Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la LOPJ, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresan las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el diario oficial y, de ser posible, a través del portal o página web del Poder Judicial.
2. Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo –en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional– se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta. En este supuesto, no se requiere la intervención de las partes, pero se anunciará el asunto que la motiva, conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo penal. La sentencia

La actividad de los jueces suele acomodarse a las llamadas "tendencias jurisprudenciales" y estas tendencias deben de adecuarse a ciertos estándares que impone la dogmática jurídico-penal, que en definitiva es la misma doctrina aplicada al caso concreto. En tal sentido, el análisis e interpretación jurisprudencial es veces un "fiel reflejo" de lo que pasa en el análisis e interpretación doctrinal. La interpretación que realizan los jueces –en materia penal– es una interpretación que debe seguir los cánones que impone la doctrina dominante(327). Como se sabe, una de las funciones de la dogmática jurídico-penal consiste "en establecer modelos de decisión que actúen como indicadores de calidad de la fundamentación de las sentencias. Ello es útil para los jueces como guías para su trabajo y como mecanismo de control y transparencia, útil tanto para el control interno de las decisiones (impugnaciones) como el control externo del Poder Judicial que realiza la comunidad científica y profesional y el público en general"(328).

Puede decirse que la jurisprudencia es el Derecho vivo(329), y como tal su aplicación no debe contradecir la posición doctrinal dominante. La fusión entre "jurisprudencia-doctrina" debe ser una relación dinámica y sistemática en la interpretación sobre una institución jurídico-dogmática. "En el caso concreto, la pena justa es casi siempre el resultado de la colaboración entre ley y juez. No toda penal legalmente posible es justa, o sea, pena justa en el caso particular y, pues, penal legalmente admisible. La ley *exige* la colaboración del juez para encontrar la reacción justa"(330). Pues como dice Hurtado Pozo: "La ley no es simplemente una especie de proposición en diversas soluciones que el intérprete pueda ignorar a su antojo.

---

plenaria se publicará en el Diario Oficial, y, de ser posible, a través del Portal o página web del Poder Judicial.

"Cabe acotar –dice San Martín Castro. "Estudio preliminar, presentación y prólogo", p. 13, que similar disposición se encuentra en el NCPP, artículo 400, y que, a su vez, está reforzada con un motivo de casación específico: que el tribunal se aparte de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema (artículo 429.5 del NCPP), como reconocimiento de los principios de igualdad en la aplicación judicial de la ley y de nomofilaquia, en tanto metas esenciales o tarea privilegiada de todo Tribunal Supremo".

(327) Una prueba de ello es, por ejemplo, cuando los juzgadores tratan de conceptuar la autoría en Derecho Penal; y para ello se basan en lo que la doctrina mayoritaria, hasta la fecha, ha establecido como "dogma", es decir, la teoría del "dominio del hecho". Así: "Es autor todo aquel que realice la acción típica o alguno de sus elementos, y, en los delitos doloso, será también autor el que tenga el **dominio final del hecho**, aunque no haya realizado la conducta típica". CNCCorr, Sala V, 18-8-2004, "Acevedo Benmuya, Ezequiel Salomón", c. 24.941.

(328) BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal.* Buenos Aires, 2004, p. 77.

(329) REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal. Parte general*. Bogotá, 1990, p. 48.

(330) BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Traducción de la 4ª edición alemana por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1973, p. 65.

Además, como ya lo hemos señalado, la aplicación de la ley se hace en un contexto determinado por el conjunto de normas legales, principios jurídicos y criterios jurisprudenciales"[331]. Por eso sería conveniente que todo juez siga –expresa o implícitamente– una línea de adhesión a una determinada teoría del delito: si un juez es "causalista" es obvio que la solución del caso concreto en cualquiera de las instituciones será diferente si el juez es un "finalista". "En la actuación de la ley –donde en definitiva se hace la verdadera ley– el juez incluye en su contenido, el contenido de su **propio juicio**, que muchas veces significa la introducción de un elemento nuevo en la significación legal, sin que ello signifique desnaturalizarla ni mucho menos torcerla"[332]. La calidad de una interpretación jurisprudencial depende de la consolidación que se haya alcanzado en la elaboración dogmática-conceptual.

La dogmática jurídico-penal es la disciplina cuyo objeto consiste en descubrir, construir y sistematizar los principios rectores del ordenamiento penal positivo, y estos objetivos estuvieron presenten de alguna manera a lo largo del desarrollo histórico que ha tenido la dogmática jurídico-penal, a partir de Franz von Liszt (concretamente en la segunda mitad del siglo XIX). La dogmática es la conformación de un sistema coherente y ordenado desde sus conceptos más abstractos a los más concretos; constituye la disciplina fundamental en la ciencia del Derecho Penal y su fin es la resolución de problemas jurídicos. Lo recomendable es que cualquier dogmática que pretenda llamarse "jurídico-penal" deben tener como objetivo que las teorizaciones penales tengan un cable a tierra, pero a la tierra de aplicación de los "sistemas dogmáticos" más o menos coherentes[333].

Durante ciento veinte años de dogmática jurídico penal, aproximadamente han habido diversas construcciones sistemáticas del delito, con sus respectivas

(331) HURTADO POZO, José. "A propósito de la interpretación de la ley penal". En: *Doctrina Penal*. N°s 55 y 56, 1991, p. 515.

(332) CN Paraná, diciembre 28-956 "Vera, Juan C. y otros" extraído de: La Ley-86, 1957, p. 413.

(333) A mi juicio, la discusión penalística por momentos parece caer en autismo: los principales debates de la dogmática jurídico penal del siglo XX se limitaron a discutir en los primeros años si la culpabilidad del sujeto es una relación puramente psicológica o un mero juicio de reproche a su autor; a mediados del siglo si el dolo está en el tipo, en la culpabilidad o en ambos lugares; y a fines de este si el criterio de imputación objetiva debe ser el aumento del riesgo o la defraudación de roles. Es decir, si bien estas discusiones en su momento "enriquecieron" enormemente el sistema dogmático-penal, a la vez lo volvieron "parasitario" al no resolver el verdadero sentido que debe tener un sistema dogmático coherente y racional: el conflicto social suscitado por el delito, en otras palabras, resolver el caso concreto. Con esto no estamos pregonando que la resolución de casos penales debe quedar ausente toda adhesión a un sistema dogmático, es más, no puede resolverse un caso penal, al menos en nuestro orbe jurídico continental, si no se tiene en cuenta, mínimamente un sistema dogmático, al menos en la cabeza del juez que resuelve el caso. Lo que pasa es que la "abundancia" en discusiones teóricas sobre determinadas instituciones, empeoran y marginan el verdadero objetivo de la dogmática jurídico-penal.

vinculaciones filosóficas-ideológicas y sus correspondientes implicaciones teórico-prácticas. Cada teoría esbozada, por ejemplo, en torno a la naturaleza de la autoría y participación es, en definitiva, el resultado de una determinada concepción sistemática-dogmática del hecho punible: así, el sistema unitario de la autoría respondía al sistema positivista-causalista (equivalencia de las condiciones) imperante en la época. Asimismo, la teoría del dominio del hecho del autor y la accesoriedad en la participación responde al sistema finalista del hecho punible. Por último, los delitos de dominio y delitos de infracción del deber responden a un sistema funcionalista del hecho punible.

## II. La participación criminal en la jurisprudencia penal y constitucional

A veces una interpretación jurisprudencial responde a una idea de sistema dogmático del hecho punible, la cual va dirigida a la academia y a los juristas, cuando, en realidad –dicen los críticos–, debe responder a una idea simple de justicia al alcance de los ciudadanos.

Así, por ejemplo, existe una jurisprudencia argentina donde se examina muy genéricamente todas las teorías y grados de la accesoriedad –que como dice el fallo, es la doctrina dominante en materia de la participación criminal–. Así puede leerse lo siguiente:

> "La afirmación de la participación en la conducta y no en el hecho del autor carece de base dogmática. En efecto, son categóricos los artículos 45 y 46 del Código Penal en cuanto para unos (autor o autores) dicen 'tomasen parte en la ejecución del hecho' y para otros (partícipes primarios) 'prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse' (el hecho), o bien (partícipes secundarios) 'los que cooperan de cualquier otro modo a la ejecución del hecho. Es pacífica la doctrina nacional en cuanto a la doble exigencia para que haya participación: su accesoriedad y la concurrencia de los partícipes en un hecho común (voto del Dr. Mitchell)'"[(334)].

En otra jurisprudencia también se ha dicho lo siguiente:

> "Los alcances del principio de accesoriedad interna de la participación distan de ser aplicables en el Derecho argentino, razón por la cual, aunque se

(334) CN Cas. Pen., sala II, 6-5-96, "A., A y P, N s/Recurso de Casación, BJCNCas. Pen, 1996, segundo trimestre, p. 49 (Extraído de DONNA / DE LA FUENTE / MAIZA / PIÑA. *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*. Tomo I, Santa Fe-Buenos Aires, 2005, p. 477).

> acepta hoy como dominante la llamada teoría de la accesoriedad limitada que recepta, por ejemplo, la legislación alemana y que requiere que el autor haya concretado o cuando menos tentado un injusto –acción típica y antijurídica–, convergen en doctrina otras tendencias que se extienden desde la mera exigencia de la realización de un tipo objetivo, hasta la 'hiperaccesoriedad', a cuyo tenor solo podría participarse en un típico, antijurídico y culpable y punible de otro. Entre esos extremos median, además, las denominadas reglas de accesoriedad mínima y máxima"(335).

Sin embargo, esta misma jurisprudencia pone en tela de juicio las bondades de la aplicación del principio de accesoriedad en materia de participación criminal, al decir lo siguiente:

> "Ello anticipado, parece claro que la incongruencia jurídica de que la suerte de lo accesorio –la participación– ya ha sido distinta de la suerte de lo principal –la autoría– no puede inferirse, sin más, de la regla de la accesoriedad de la participación, porque según se prefiera una u otra interpretación puede darse la hipótesis de que el autor haya actuado sin uno u otro de los elementos del delito, no obstante lo cual el partícipe habría de responder por su conducta"(336).

La jurisprudencia peruana, confirmando la unánime posición asumida por la doctrina, sostiene en el mismo sentido que la complicidad –y por ende la participación– se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores (R.N. N° 64-99-La Libertad, del 22 de marzo de 1999). En otra sentencia se ha establecido que:

> "(...) la complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores"(337).

---

(335) CN Cas. Pen, sala I, 17-10-2002, "Rusc, Eugenio H. s/Rec. de casación", LL 2003-D-1014. La jurisprudencia argentina ha dicho: "El autor del delito ejecuta la acción principal, en tanto las acciones de los partícipes son accesorias a la misma. Así, la acción principal es la acción típica y las acciones de los partícipes son coadyuvantes, de auxilio, pero constituyen una extensión del tipo. La participación implica una culpabilidad propia, accesoria del hecho pero no de la culpabilidad del autor" (Véase: Ccrim. Catamarca, 2ª Nom, 1998/02/27, "Luque, Guillermo D. Otro").

(336) CN Cas. Pen, sala I, 17-10-2002, "Rusc, Eugenio H. s/Rec. de casación", LL 2003-D-1014.

(337) R.N. 5163-98. En: ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal (1999-2000).* Lima, Idemsa, 2002, p. 305. Así también la Sala Penal, Exp. N° 4010-2000 (Huánuco-Pasco) de fecha 9 de enero de 2001, "que, el cómplice secundario es aquel que otorga un indispensable para la realización del delito, cuya actividad se encuentra en **dependencia en relación a la del autor**, por lo que es indiferente la etapa de su participación, pero siempre antes de la consumación (…)". Asimismo, la Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Penal Transitoria. R.N. N° 375-2004-Ucayali, de fecha 11 de octubre 2004, en el considerando segundo dice: "Que, el Código Penal, respecto a la participación, asume la tesis de la **'accesoriedad de la participación'** es decir, que la participación es posible cuando concurre

Asimismo, se puede percibir:

> "La participación en la comisión del delito, supone, una conducta accesoria de parte del agente, dependiente de la existencia de un hecho principal; sin embargo, dicha accesoriedad puede significar dos tipos de participación distinguible, de allí que pueda expresarse a través de un aporte esencial para la realización del hecho punible o a través de un simple acto de colaboración (...)"[(338)].

Lo cierto es que hasta en el Tribunal Constitucional peruano se ha determinado una idea de sistema dogmático en la intervención delictiva –por ejemplo, en este caso, adhiriéndose a la teoría diferenciada de la autoría y participación–. Así, en una sentencia del Tribunal Constitucional fecha 29-04-2005, Expediente Nº 1805-2005-HC/TC, en el caso Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, sostiene lo siguiente:

> "33. El Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva; la autoría y la participación. El artículo 23 de Código Sustantivo establece que '[e]l que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para tal infracción'. A su vez, distingue tres formas en que una persona puede cometer un delito (realizarlo) en calidad de autor: a) cuando realiza por sí misma el hecho punible; b) cuando realiza por medio de otro el hecho punible; c) cuando realiza el hecho punible juntamente con otro u otros.
>
> 34. La doctrina precisa que solamente puede hacerse tal delimitación en los tipos dolosos. Así, define como autor de delito doloso '[a] aquel que mediante una conducción consciente define el acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo'. Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive.
>
> En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho.

---

realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor de hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de la imputación)" (Extraído de: AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth. *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Lima, 2005, p. 152 (las negritas son mías).

(338) R.N. Nº 2924-99. En: ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 523.

35. Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución".

## III. Anotaciones preliminares en torno a la teoría de la participación en el Derecho Penal

### 1. Cuestiones preliminares

Históricamente, la comisión del delito por varias personas resultó siempre más peligrosa que la comisión de un delito por una sola persona. Por un lado, ello es justo, la participación asume una consumación calificada, son varias las personas que determinan no solo la acción, sino también la eliminación de todo obstáculo a la creación de las condiciones más favorables para la consumación del delito, y además resuelven los problemas de realización y ocultan con mayor cuidado las pruebas del delito. Sin embargo –y esto es un dato cierto– que un delito puede revestir mayor peligrosidad para la sociedad aunque sea producida por una sola persona.

La actividad delictiva es producto, muchas veces, de la concurrencia de varias personas, y esto enfrenta una doble problemática: 1) por la **naturaleza material de la aportación al delito** de cada uno de los intervinientes; y 2) por la **clase** de responsabilidad contraída por ellos. En cuanto a la naturaleza de la aportación al hecho punible estriba en la determinar si la conducta de uno de los concurrentes lo realiza de manera directa, de modo que el hecho aparezca como "suyo" (hecho propio), o por el contrario, su acción produce el delito solo de manera "indirecta", es decir, a través de un tercero, como hecho ajeno. La participación puede darse en cadena, por ejemplo, instigando a instigar o colaborando con el cómplice. También es posible que exista instigación a la complicidad y complicidad en la instigación. Como se trata de una participación criminal indirecta o mediata en el hecho del autor, para que sea punible será necesario el principio de ejecución del injusto principal.

El partícipe es la contrapartida dogmática del autor. Alguien que no tiene el dominio del hecho, es decir que no tiene la decisión final sobre el curso causal del hecho –interrumpir, desviar, hacer cesar, suspender, etc.–, sino

alguien que "ayuda" o "instiga" a otro a interrumpir, desviar, hacer cesar o suspender, etc. el curso causal de los hechos. No hay que confundir el vocablo "partícipe" con la categoría conceptual de "coparticipación". Más bien la frase "coparticipación" es un categoría que usualmente se ha utilizado para referirse a lo que se conoce como teoría de la participación necesaria, específicamente para referirse a los delitos de encuentro o delitos de convergencia(339), como el cohecho, asociación ilícita, etc., pero nunca se le ha utilizado para referirse como una tercera vía dentro de la participación junto a la complicidad (artículo 25, primero y segundo párrafo, del Código Penal) e instigación (artículo 24 del Código Penal).

Tenemos que advertir que en el Código Penal derogado de 1924, específicamente en el Título XII de la parte general, si bien se reguló la participación en hechos punibles, también es cierto que en el artículo 100 del mismo código acotado se establecieron expresamente cuatro formas de participación: la **coautoría** ("los que tomaren parte en la ejecución"), la **instigación** ("los que intencionalmente decidieran a otro cometerlo"), la **complicidad primaria (**"los que coadyuvaren intencionalmente con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse") y la **complicidad secundaria** ("los que de cualquier otro modo hubieran intencionalmente prestado asistencia para cometer el hecho punible"). En este cuerpo normativo el término "participación" fue empleado en sentido **amplio**, toda vez que bajo dicho título se comprendía a la coautoría. Lo que es conforme a su significado gramatical de tomar parte en una cosa(340).

Se ha confirmado prácticamente que la "teoría de la diferenciación entre autor y participación" se ha afiliado gran parte de la dogmática jurídico-penal y por supuesto nuestro Derecho. Basta con revisar el Código Penal peruano, en el artículo 5 que prescribe: "El lugar de la comisión de un delito es aquel en el cual el **autor o partícipe** ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos"; o el artículo 9 del mismo cuerpo de leyes que dispone: "El momento de la comisión de un delito es aquel en el cual el **autor o partícipe** ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca". Sin embargo, no solo a nivel del derecho sustantivo se pueden establecer las distintas aportaciones entre autor y partícipe, sino también a nivel de nuestra legislación procesal penal, distinguiéndose entre autores y partícipes. Así, el artículo 72 del

(339) Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas "participaciones necesarias" en el Derecho Penal, véase: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "Los delitos de corrupción de funcionario y criminalidad organizada". En: *Revista de Derecho Penal*. II. Delitos contra la Administración Pública, Santa Fe, 2004, p. 337 y ss.

(340) Así, decía: HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Lima, 1987, p. 510.

Código de Procedimientos Penales establece que: "La instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se haya perpetrado, y de sus móviles; establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y **cómplices** (…)". El artículo 77 del Código de Procedimientos Penales estatuye que: "(…) que se ha individualizado a su presunto autor o **partícipe** (…)".

En tanto y en cuanto prevalecen las teorías restrictivas, resulta indispensable trazar un límite claro entre el comportamiento del autor y el comportamiento del partícipe. La distinción entre autores y partícipes, y entre las diversas modalidades de partícipes, es un privilegio exigible únicamente en el Derecho Penal que se ha materializado en los artículos 23 y siguientes del Código Penal peruano. Esta distinción, por ejemplo, no se ve en el ámbito del derecho administrativo sancionador(341). Por otro lado, el artículo 47, primera parte, del Código Penal argentino cumple dos funciones generales en el régimen de la participación criminal: 1) propone la base dogmática más segura para distinguir autoría de complicidad: la consagración del sistema restrictivo de autoría, y está dado por el artículo 47 y no por los artículos 45 y 46, que establecen el régimen de penas para los distintos intervinientes en el delito, sin hacer diferencias conceptuales(342).

La discusión que se suscita al interior de la problemática de la participación criminal –y por ende la autoría– es que si los conceptos de autoría y participación son términos que son ordenados y dimensionados por la voluntad del legislador, o si estos lo preexisten; es decir, se trata de elementos legisferantes o de naturaleza óntico-ontológico(343). A mi entender, si bien los términos jurídico-penales deben tener una naturaleza normativa, en el sentido que el legislador es el que debe moldear la mayoría de la situación "punible" en la sistemática penal, también hay que tener en consideración que deben existir límites ónticos en la elaboración de conceptos dogmáticos.

La jurisprudencia argentina ha dicho "que los conceptos de autor, cómplice e instigador, no son conceptos jurídicos sino óntico-ontológicos, que vienen dados al legislador, pero este no los puede alterar ni desconocer, pues surgen de la realidad de la vida; y la ley penal los establece como conceptos jurídicos

(341) Véase, en este mismo sentido: MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia, 2003, pp. 91 y 92.

(342) Véase: VEGA, Dante Marcelo. *El exceso en la participación criminal. Alcance de la responsabilidad en la intervención criminal*. Buenos Aires, 2003, pp. 332 y 333.

(343) Así, sobre la naturaleza óntica: FERNÁNDEZ, Alberto A. / PASTORIZA, Luis G. *Autoría y participación criminal*. Buenos Aires, 1987, p. 30.

que sirven para determinar la escala penal aplicable" (ST Formosa, "Romero, Bruno Edgardo Óscar y otro", 1998/12/04). De tal manera que Jescheck, por ejemplo opina que "la descripción de procesos vitales que a través de su sentido social se encuentran también cumplidamente determinados para el enjuiciamiento jurídico. Conceptos como autoría, autoría mediata, coautoría, inducción y complicidad han sido acuñados de antemano por la naturaleza de las cosas, y de ahí que jurídicamente deban conservar un contenido que se corresponda con su comprensión natural"(344).

## 2. La participación criminal es una extensión de la tipicidad

Por lo tanto, la participación criminal y la autoría (o sea, directa, la mediata y la coautoría) forman parte de la ampliación del tipo penal(345). La conducta del partícipe no es un elemento constitutivo del delito tal como está descrito en la norma incriminatoria, sino que es un acto meramente eventual que, como tal, puede existir o no. Sin embargo, una vez que esté efectivamente presente, su incriminación, depende de una norma penal distinta, esto es, de la extensión o integración de la primera: de la norma sobre la participación. La participación criminal es una extensión lícita y hasta cierto punto racional del tipo penal. La teoría de la participación criminal se encuentra dentro de lo que se conoce como las causas de exclusión del tipo y de la forma o formas ampliadas de subordinación (Sebastián Soler) o dependencia (Ernst Beling) porque se hallan previstos en algunas figuras de la parte general, frente a tipos independientes de la parte especial. "Serán indirectos o dependientes porque sí solo se trataría de tipos huecos, sin contenido, que únicamente tienen sentido jurídico-penal en conexión con el contenido y con la pena de un delito independiente de la parte especial"(346).

Por su parte, Hurtado Pozo dice: "Esta índole accesoria deriva de la misma significación del término particular: tomar parte en algo ajeno. Por eso, resulta correcto afirmar, a diferencia de lo que sucede con la tentativa, que la

(344) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 586. Así, también: BOCKELMANN, 1960, p. 7: "Esa accesoriedad no es 'producto de la ley', ella está en la naturaleza misma de la cosa".

(345) En ese sentido, la no existencia de autor –y mucho menos partícipe– dará como resultado inmediato que se interponga una excepción de naturaleza de acción: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Lima, 2003, p. 397, apunta que: "atipicidad –falta de adecuación directa o indirecta del hecho al tipo– puede ocurrir en dos hipótesis: 1) Cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento allí exigido; es esta la inadecuación típica propiamente tal; podríamos hablar en tal caso [de] una atipicidad relativa (…) la cual se plantea frente a cualquier elemento del tipo: sujetos –activo y pasivo– (…)".

(346) FRIAS CABALLERO, CODINO y CODINO, 1993, p. 428.

'participación no integra un tipo delictivo autónomo, sino un simple concepto de referencia, cuyas notas específicas están determinadas legalmente (artículos 24 a 26). Como ya hemos indicado antes, las nociones de complicidad e instigación **fundamentan la ampliación de la punición**. Las reglas generales que las definen, aplicadas en relación con las disposiciones de la parte especial, amplían los tipos legales previstos en estas normas"(347). En este sentido, López Peregrín dice: "Las normas reguladoras de la autoría pueden considerarse de esta forma como normas de **interpretación extensiva de los tipos**"(348). Asimismo, esto significa que la participación criminal no da lugar a un tipo autónomo, a un delito en sí, sino a un "tipo de referencia" o "concepto de referencia". No es posible la participación si no se la conecta a un hecho punible autor cuyo autor es otro, distinto del partícipe (cómplice o inductor). La extensión de cualquiera de los tipos de la parte especial a otras conductas que son su comisión misma solo es posible mediante el dispositivo técnico que

(347) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*. Lima, 2005, p. 886. Así, lo ha entendido la doctrina en su gran mayoría. En este punto DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. Buenos Aires, 2002, p. 93, dice que: "Las formas de participación –instigación y complicidad–, tanto la necesaria como la no necesaria (artículos 45 y 46, Código Penal), fueron caracterizadas como '**fundamentos de extensión de la pena**'". FIERRO, Guillermo Julio. *Teoría de la participación criminal*. Buenos Aires, 2001, sostiene que: "Estas disposiciones o, mejor dicho, **estas disposiciones ampliatorias del tipo** a los cuales recurre a técnica penal, son de distinto orden y naturaleza. El de la tentativa pretende abarcar acciones que en sí no son 'todavía' la acción típica descripta por la figura penal, y ello vendría a ser una **especie de ampliación 'temporal'**; mientras que la participación se refiere a acciones de otras personas que son en todo momento atípicas, pero que tienen una conexión esencialmente causal (objetiva) y culpable (subjetiva) con el hecho ilícito principal hacia el cual estas convergen. Resulta obvio que mediante este **ensanche de la base típica** se pueden sancionar acciones que no son propiamente el 'matar' o el 'robar', pero que tienen con ese resultado delictuoso una relación manifiesta y directa y, por ende, adquieren con referencia a esa acción principal punible un marcado tinte criminoso". JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 585 "La teoría de la participación constituye una parte de la teoría del tipo". STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible.* 4ª edición totalmente reelaborada. Traducción de Manuel Canció y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 2005, p. 412 anota que: "Así visto, las prescripciones vigentes sobre la instigación y complicidad (parágrafo 26-27) configuran una **ampliación** de la punibilidad a formas de conducta que si no quedarían impunes. Eso significa a la vez que **no** pueden ser incluidas otras variedades de concurso de personas en un hecho punible que las mencionadas expresamente por la ley: autoría, instigación y complicidad forman el números clausus de las formas de intervención punible en un delito". Por su parte BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas.* Tomo I, Lima, 2004, p. 1082 dice: "Habiéndose precisado que todo delito tiene un determinado autor que surge respecto de la realización del correspondiente **tipo legal** y que su comportamiento constituye el hecho principal; todo otro interviniente habrá de realizar una actividad accesoria". QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, José Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Barcelona, pp. 622-623. CABRAL, Luis C. *Compendio de Derecho Penal y otros ensayos*. Buenos Aires, 1997, p. 215: "La participación es un instituto que cumple una función similar a la de la tentativa porque –al igual que esta– amplía el radio de acción de los tipos penales".

(348) LÓPEZ PEREGRÍN, M. Carmen. *La complicidad en el delito.* Valencia, 1997, p. 52.

proporcionan las reglas referidas a la participación en sentido estricto (inducción y complicidad).

## 3. Sobre los fundamentos de la participación criminal

Son diversas las tesis que en el desarrollo de la dogmática han intentado dilucidar la naturaleza jurídica de la participación. Así, un sector de la doctrina llevó hasta sus últimas consecuencias la teoría de la equivalencia de las condiciones, para extraer los fundamentos que avalarán la existencia de un concepto monista de intervención delictiva que por definición impedía distinguir entre autor y partícipe. En Alemania del siglo XIX la presencia de la relación de causalidad en la participación criminal fue determinante, al punto tal que sobre ella se construyen los conceptos unitario y extensivo de autor (se llegó incluso a consolidar a la participación criminal no ya como una teoría conexa, sino como parte de la causalidad)(349).

El sistema unitario de autoría casi esta desterrado del derecho positivo comparado, salvo el caso del derecho austríaco que en el parágrafo 12 öStGB, dispone que: "La acción punible la realiza no solo el autor directo, sino también aquel que determina a otro a ejecutarla, o que de otro modo contribuye a su realización". Se trata de una cláusula de ampliación de los tipos individuales de la parte especial. Una consecuencia inevitable de este sistema unitario es que el partícipe no responde por el injusto "ajeno", que se le imputa con base en el principio de accesoriedad; sino más bien todo partícipe (instigador o cómplice) responde como autor directo de la realización típica de acuerdo al parágrafo 12 del Código Penal austríaco. El concepto restrictivo de autor, defendido en este trabajo, delimita la distinción entre autores y partícipes.

Por su parte, en Italia del siglo XIX el tratamiento de la participación criminal fue menos riguroso, sin ir más lejos, los autores relevantes de este periodo no lograron desprenderse del todo de las viejas categorías medievales del mandato, auxilio y consejo (lo que incluye a Carrara, no obstante su distinción entre autor y cómplice), predominando un tratamiento causal de la materia(350). Puede citarse a Antolisei, Battaglini, Maggiore, Cicala, entre otros; en ese sentido, Maggiore ha dicho que "Indudablemente, una sólida construcción dogmática del concurso tiene que alzarse sobre la base del principio de

(349) Véase: VEGA, Dante Marcelo. *El exceso en la participación criminal. Alcance de la responsabilidad en la intervención criminal.* Buenos Aires, 2003, p. 78.
(350) Ibídem, pp. 82-83.

causalidad. Este principio, fundamento de la criminación del delito individual, es también fundamento del delito colectivo.

Así como un hombre es castigado cuando una acción u omisión suya es causa de un resultado criminal, así también varios hombres sufren pena por el delito cometido por asociación, por cuanto el evento es consecuencia de la acción u omisión común. En ambas hipótesis el reo responde del hecho propio, pero en el hecho singular se refleja el hecho colectivo, pues las diversas acciones de cada uno de los copartícipes –y esta es la característica del concurso– se funden de tal modo que constituyen un solo hecho"(351). Por otro lado, "La concepción unitaria –continúa Maggiore– de la estructura del concurso implica el rechazo de la teoría accesoria. Creemos que esta teoría (que seguimos también en otro tiempo) constituye un obstáculo para la recta comprensión y construcción de tan importante institución jurídica"(352).

La posición de Bettiol que si bien se adhiere a una concepción restrictiva de autor. "Criterio que no podrá basarse en el requisito de la causalidad, porque aun la actividad de los partícipes debe tener eficacia causal –como que la falta de eficacia causal del acto de participación se resuelve en una falta de participación–, sino en el de la tipicidad en el sentido de que el acto del partícipe, aun siendo un acto típico, no es un virtud de la norma principal que incrimina la actividad del autor, sino por la de participación prevista en la parte general del Código"(353). En consecuencia, **es partícipe** "quien concurre a la perpetración de un delito desarrollando una actividad lógicamente distinta de la del autor, en cuento cae dentro de la esfera de las normas secundarias sobre participación, de carácter extensivo"(354).

Debe recordarse que la accesoriedad como fundamento de la participación criminal se presenta respecto del **hecho acontecido** y no de quien interviene como autor principal en su producción. Por eso, Núñez correctamente dice que "La participación gira alrededor de un **hecho común** a todos los partícipes en el delito. Por esto se dice que es accesoria. Esta **accesoriedad** es real y no personal, pues se refiere al hecho ejecutado y no a la persona de un

(351) MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal.* Volumen II, traducción de José Ortega Torres, Bogotá, 1954, p. 101.
(352) Ibídem, p. 102.
(353) BETTIOL, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte general*. Traducción de José León Pagano, Bogotá, 1965, p. 500.
(354) Ídem.

ejecutor penalmente responsable. La participación depende del hecho y no de la culpa del autor"[355].

Efectivamente, la problemática o mejor dicho la punibilidad del partícipe, antiguamente, estuvo representada en el efecto que él producía sobre el autor. Esta teoría fue llamada "participación en la culpabilidad" (en la culpabilidad "del autor") o también "teoría de la corrupción", en el sentido de que el ilícito de la participación criminal se explicaría en que el partícipe ha conducido al autor a la culpabilidad y a la pena, en otras palabras, lo ha corrompido o seducido al mal (instigación), fomentando una mala decisión ya tomada (cómplice). La punibilidad del partícipe se explicaba a partir de la denominada teoría de la accesoriedad máxima y la hiperaccesoriedad, pues se tiene que llegar a la culpabilidad (dolo) del autor y alcanzarse la pena, en todo caso, en el delito cometido.

Actualmente, la punibilidad del partícipe se produce en función al hecho cometido[356]. Esta teoría se ha denominado "criterio del favorecimiento (o de la acusación). El fundamento del castigo se halla en que el partícipe produce la acción típica y antijurídica del autor, es decir, cocausa la lesión del bien jurídico tutelado[357]. La teoría del favorecimiento tiene una doble consideración: 1) el partícipe contribuye a la **puesta en peligro del bien jurídico**, cuando no a su lesión, realizada por el autor; 2) participa, es decir, favorece al **injusto** penal realizado por el autor[358]. De la teoría del favorecimiento o de la causación

(355) NÚÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal. Parte general* (4ª edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix Gonzáles, Córdoba, 1999, p. 242. EL MISMO: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo II, 2ª reimpresión, Córdoba, 1987, p. 276.

(356) Así, la jurisprudencia ha dicho que: "La afirmación de la participación en la conducta y no en el hecho del autor carece de base dogmática. En efecto, son categóricos los artículos 45 y 46 del Código Penal en cuanto para unos (autor o autores) dicen 'tomasen parte en la ejecución del hecho' y para otros (partícipes primarios) 'prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse' (el hecho), o bien (partícipes secundarios) 'los que cooperan de cualquier otro modo a la ejecución del hecho'. CNCas.Pen., sala II, 6-5-96, A., A y P, N s/Recurso de Casación, BJCNCas. Pen, 1996, segundo trimestre, p. 49 (Extraído de DONNA, DE LA FUENTE, MAIZA y PIÑA. *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia.* Tomo I, Santa Fe-Buenos Aires, 2005, p. 477).

(357) También la jurisprudencia argentina ha establecido este criterio: "El partícipe no vulnera por sí mismo la norma contenida en el tipo del delito, sino que su injusto consiste en la cooperación o ayuda a la vulneración de la norma por parte del autor. Ella requiere la causalidad de la contribución con la finalidad de lograr el resultado del hecho principal, para lo cual basta que objetivamente se lo posibilite, facilite o intensifique (...)". TCas. Pen. de Buenos Aires, sala I, 13-11-2003, "R., G.; B., H. A.; A., J.L.; G.; C.R.; L.; L.,A.N. s/Recurso de casación", causas Nºs 2929, 2947 y 2948, Juba.

(358) GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*. Madrid, 1984, p. 501. Según: MIR PUIG, 2005, pp. 387 y 398 la teoría de la causación es la más adecuada al Derecho español.

se desprende básicamente que la voluntad del partícipe debe orientarse hacia la ejecución del hecho principal y que hay que exigir dolo en el hecho principal.

Según Roxin, el fundamento penal de la participación puede ser caracterizado como "ataque al bien jurídico mediante causación accesoria"[359]. Se trata de una "teoría mixta" que estructura el injusto de la participación a partir de elementos independientes y derivados. La condición necesaria (aunque no suficiente) de la imputación a la participación es, efectivamente, la causación accesoria de un hecho del autor (sea consumado o tentado), típico y antijurídico[360]. Roxin traslada la teoría de la imputación objetiva al campo de la participación criminal, porque según la normativa del Código Penal alemán (artículos 26 y 27) solo existe una participación dolosa y la creación dolosa de un peligro no permitido es acertadamente nombrada con la designación de "ataque".

El propio Roxin dice que allí "donde no se proteja un bien jurídico frente al partícipe, o sea donde este no puede en absoluto atacar al bien jurídico de manera relevante, le es imposible al partícipe la creación o el incremento de un peligro jurídicamente desaprobado para su persona, de manera que se excluye una participación, pese a que ella se produce para la autoría"[361]. En suma, la teoría del ataque accesorio al bien jurídico surge como consecuencia de atender la evitación de la unilateralidad latente tanto en la teoría pura de la causación como en la orientada a la accesoriedad, mediante la consideración de que el injusto del partícipe se deriva, no solo del hecho que comete el autor, sino también del propio ataque al bien jurídico que aquel, en cuanto tal, realiza.

Solo esta teoría es compatible con los postulados de la ley, en tanto deja en claro que el partícipe no infringe por sí mismo la norma contenida en el tipo del delito, consistiendo su injusto en cooperar a la vulneración de la norma por parte del autor. Por ello, el injusto del hecho del partícipe tiene que depender, en su causa y medida, del injusto del hecho principal. Asimismo, el contenido del injusto de la participación criminal, atendiendo a que solo implica un favorecimiento reforzado del hecho principal ya que su influencia respecto del injusto únicamente es indirecta, resulta menor en todos los casos que el contenido del injusto del hecho principal, de manera que también la culpabilidad del partícipe es menos grave que la del autor. La idea de la causación, o de la coafectación del bien jurídico puede interpretarse de dos formas totalmente opuestas: desde un criterio dependiente del ilícito del autor (teoría de la

(359) ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*. Traductor y editor: Manuel Abanto Vásquez, Lima, 1998, p. 397.
(360) Ibídem, p. 398.
(361) Ídem.

participación en el ilícito), hasta una extrema, que se ha denominado "autonomía del delito del partícipe (teoría del disvalor propio de la participación(362)).

Por otro lado, por ejemplo, la versión del profesor Lesch es una fundamentación funcionalista en la intervención delictiva. Así, "[a]utoría, inducción y complicidad señalan, por tanto, fenómenos de determinación de la pena, que han sido integrados en la imputación y que han conducido a la tipificación de las diferentes formas de intervención en el delito. La diferencia entre estas formas de intervención es, de entrada, simplemente cuantitativa. Cuantitativa significa que cada una de las cuotas de responsabilidad cuando el delito se organiza en forma dividida se rige, al menos en principio, según la **envergadura** de la intervención"(363).

La doctrina finalista clásica en la Argentina, representado en aquel entonces por Enrique Bacigalupo y Eugenio Raúl Zaffaroni se afiliaron a la teoría del favorecimiento que era desarrollado y compartido por la mayoría de los finalistas de la época, en especial por su mentor Hans Welzel y orientaron sus desarrollos teóricos a la participación en el ilícito ajeno, sustentado la idea de la accesoriedad como fundamento del mismo. Bacigalupo en 1965 invocó el artículo 47 del Código Penal argentino como punto de partida para la elaboración dogmática del concepto de autor(364).

(362) Así, por ejemplo, la postura de SANCINETTI, 1991, pp. 756-757, que propone una autonomía externa de la participación: SANCINETTI, p. 748, propone construir una "autonomía externa de la participación", en el sentido de que la construcción de la norma que sería infringida por el partícipe, dado que si el instigador o el cómplice han infringido una norma, esta tiene que ser una prohibición o mandato; referidos precisamente al sujeto respectivo; no al autor principal. Pues todo ilícito tiene que provenir necesariamente **de la contradicción de un comportamiento determinado con una norma determinada, dirigida a ese comportamiento**. Pero el "reflejo" normativo hacia el partícipe, producido por la norma "principal" referida al autor, podría ser pensado también con la estructura del ilícito de un delito de omisión: si has hecho nacer en otro la voluntad de matar o has colaborado en un proyecto de homicidio, entonces, evita que esa voluntad se concrete en principio de ejecución. "Instigación y complicidad –dice Sancinetti– deberían ser punibles con total independencia de la creación "objetiva" del comienzo, dependiendo solo de si el momento **activo** de la participación, o el posterior **omisivo**, existieron aun allí cuando el autor hubiera podido tomar injerencia propia, según la representación del partícipe". SANCINETTI, Marcelo A. "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva". En: Canció Meliá / Ferrante / Sancinetti, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires, 1998, pp. 70 y 71. El mismo: "Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la Parte general de los Códigos penales". En: *CDJP*, Nº 11, 2001, p. 115. CASTRO, Julio César. "La participación como tipo autónomo. Hacia un concepto no accesorio en la participación criminal". En: DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *Revista de Derecho Penal*. Autoría y participación, 2005, Santa Fe-Buenos Aires, p. 279 y ss.

(363) LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bogotá, 1994, p. 73.

(364) BACIGALUPO, Enrique. *La noción de autor en el Código Penal*. Buenos Aires, 1965, p. 31.

El mismo Bacigalupo en un ensayo sostuvo que: "El dolo y la culpabilidad no son una misma cosa puesto que siendo la participación dependiente del dolo del autor principal, sin embargo, la culpabilidad de los partícipes es independiente de la del autor, que por lo tanto, puede haber actuado dolosamente pero de manera inculpable"(365). Zaffaroni dice que "[a]l conceptuar a la participación en la forma en que lo hemos hecho, diciendo que consiste en el aporte doloso que se hace al injusto doloso ajeno, hemos adelantado nuestra opinión respecto de la naturaleza accesoria de la participación y respecto del objeto de que es accesoria: entendemos que la participación siempre es accesoria del injusto doloso ajeno"(366).

En sus consecuencias, siguieron a la doctrina de la accesoriedad limitada. En ese sentido, respecto a la participación criminal se puede decir que la opinión actualmente dominante se expresa en forma de la llamada "teoría del favorecimiento (o la acusación)". Son partícipes, entonces, quienes favorecen de un delito ajeno, colaborando como cómplice o determinando al autor a cometerlo. La existencia de partícipes (cómplices o instigadores) presupone la comisión por otro (el autor) de un hecho principal, al que ellos realizan su aporte (instigando, auxiliando, o cooperando). De este principio de accesoriedad se derivan una serie de aspectos, que están relacionados con esta, unas veces porque integran por sí mismos su propio contenido o esencia, y otras porque –tal vez– son consecuencia de la misma. Es decir, en relación al autor mediato, este es el verdadero autor, cabe aclarar que su conducta no es accesoria, sino principal, es decir que sobre la conducta desarrollada por este, podrá determinarse la responsabilidad penal de otros, ya que el mediato realiza el injusto típico como "propio".

(365) BACIGALUPO, Enrique. *Culpabilidad, dolo y participación*. Buenos Aires, 1966, p. 38. Esta posición es asumida por BACIGALUPO, Enrique desde sus: *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires, 1978 (reimpresión), p. 128 y 129. Esta postura es mantenida en la 3ª edición de sus *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires, 1994, p. 179: "De acuerdo con nuestro punto de partida, la participación es accesoria de un hecho principal" y en su *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Bogotá, 1998, p. 200. En esa misma dirección: *Derecho Penal Parte general,* Buenos Aires, 1999, p. 519: "La accesoriedad de la participación presupone tomar parte en un hecho ajeno. Por ello, tiene carácter accesorio. Accesoriedad de la participación quiere decir, entonces, dependencia del hecho de los partícipes respecto del hecho del autor o lo autores".

(366) Esta doctrina es seguida en: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal Parte general*. Buenos Aires, 2002, pp. 791-792, sostiene que: "La participación siempre es accesoria del injusto doloso ajeno, como que no puede concebirse la tipicidad participativa que no sea accesoria de algo diferente a una conducta típica y antijurídica (...) el fundamento de su punición no se puede asentar en la producción de una lesión al bien jurídico en forma independiente de la lesión producida por el autor". También véase: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Lima, 1994, p. 585 y ss.

## 4. El principio de accesoriedad (o dependencia) como criterio fundamental para fundamentar la participación criminal

Gramaticalmente, lo accesorio en una de sus acepciones es "que depende de lo principal o sé le une por accidente"[367]. La relación indesligable entre el autor de un hecho criminal y los otros partícipes, ha sido reconocida uniformemente por la doctrina. Por tal motivo, resulta impensable dogmáticamente la responsabilidad jurídico-penal por acto de participación en un ilícito penal sin autores[368]. La participación criminal no se configura como una tipicidad independiente, no hay producciones separadas de lesión al bienes jurídico, la del autor y del partícipe.

El principio de accesoriedad es una necesidad conceptual y jurídica toda vez que implica una conducta punible básica, la del autor, que realiza el núcleo del hecho punible y otras conductas periféricas que acceden a la principal. El reconocimiento del principio de accesoriedad no se basa en motivos abstracto-conceptuales, sino en una situación real y concreta. El principio de accesoriedad está enmarcado en un ámbito restrictivo-limitativo que mediante el mismo se opera en relación con la punición de las formas de cointervención criminal. Una forma de restricción en las formas de coadyuvar a la realización de un hecho punible, porque si no fuera conducta dependiente y accesorio a la del autor, sería una ampliación exagerada de los cursos causales, y con ello una ampliación de la responsabilidad penal.

Cuando en la comisión de un delito se verifica la concurrencia de personas, debe existir una relación de accesoriedad o dependencia en función a quien tiene el mando y control del delito. Esta relación de dependencia de la participación criminal (cómplices e inductores) respecto de la autoría, exige ineludiblemente una correspondencia lógico-jurídico entre la colaboración objetiva y subjetiva prestada por el partícipe y el hecho típico realizado por el autor en cualquiera de sus modalidades. No puede haber participación al delito sin que exista el propio delito o la comisión delictiva que le da vida. Solo caben actos de colaboración ("complicidad") o de determinación ("instigador") mientras el delito exista, es decir, mientras se desarrolla el *iter criminis*, por tal motivo el principio de ejecución en el delito y la autoría y participación deben ser tratados de manera sistemática.

Ya el maestro italiano del Derecho Penal liberal Francesco Carrara –sin ser un representante del finalismo–, se había anticipado a la cuestión de la

(367) Diccionario de la Real Academia Española, tomo I, Madrid, 1992, p. 19.

(368) ROJAS VARGAS, Fidel S. *Estudios de Derecho Penal*. Lima, 2004, p. 193. Luego, más adelante veremos que procesalmente la accesoriedad como fundamento de la participación criminal admite algunas contradicciones y falencias.

accesoriedad como fundamento de la participación criminal. Así: "El **autor** principal –dice Carrara– del delito es el que ejecuta el acto consumativo de la infracción. Los que toman parte en los **actos consumativos** son **coautores o correos**, pero todos son delincuentes **principales**. Todos los demás que participan en el designio criminoso o en otros actos, fuera de los de la **consumación**, son delincuentes **accesorios** o cómplices en sentido lato"(369).

Deben señalarse las comprobaciones desarrolladas en el marco de la teoría de la participación, especialmente en lo que concierne a la accesoriedad respecto del dolo, y que también se dedujeron del concepto personal de lo ilícito de Welzel(370). Este autor decía que: "Toda participación está en su esencia relacionada con un hecho principal. No existe ninguna instigación o complicidad 'en sí', sino solamente una instigación o complicidad al hecho: es la llamada accesoriedad de la participación"(371). La adopción del principio de accesoriedad de la participación criminal se materializa en la exigencia de que al menos uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible cumpla con todos los elementos exigidos por el correspondiente tipo penal, con lo que adopta el principio de accesoriedad el significado primario de definir estrictamente el "ámbito de lo punible".

En las próximas líneas, y sin agotar este tema, haremos una descripción sucinta de todos aquellos autores –que pertenecen al Derecho Penal eurocontinental– que de alguna manera se adhieren expresamente a la teoría de accesoriedad como fundamento de la participación criminal.

Así, por ejemplo en la literatura alemana puede citarse, entre otros, a Maurach / Gössel / Zipf(372); Bockelmann(373); Wessels(374); Stratenwerth(375),

(369) CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte general*. Volumen I, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, 1977, p. 287 (el resaltado es del texto).

(370) Véase, en este sentido: HIRSCH, Hans Joachim. "El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel". En: *Derecho Penal. Obras completas*. Tomo I, Santa Fe-Buenos Aires, 1999, p. 16.

(371) WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte general*. Traducción de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, 1956, p. 118.

(372) MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general 2*. Traducción de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995, p. 411.

(373) BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoría y participación*. Traducción de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Buenos Aires, 1960, p. 7: "La participación es, necesariamente, accesoria, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal".

(374) WESSELS, Johannes. *Derecho Penal. Parte general*. Traducción de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1980, p. 163: "La instigación y la complicidad dependen de la existencia de un hecho principal antijurídico en el sentido del parágrafo 11, I, Nº 5 (accesoriedad de la participación). Como colaboración en una realización de otro del tipo, ambas formas de participación derivan su contenido de injusto de lo injusto del hecho principal".

(375) STRATENWERTH, 2005, p. 415 y ss.

Kindhäuser(376). La fundamentación habitual para admitir la institución de la participación sucesiva es el principio de accesoriedad. La responsabilidad de los partícipes no depende de los componentes del injusto que correaliza él mismo, sino del injusto que realiza **el autor**, a cuyo hecho coopera el partícipe(377).

Por su parte, en la literatura italiana tenemos –entre otros– a Bettiol(378) y Latagliata(379).

En la literatura española encontramos a Jiménez de Asúa(380); Cuello Calón(381); Muñoz Conde(382); Mir Puig(383); Cobo del Rosal / Vives Antón(384);

(376) KINDHÄUSER, Urs. "Cuestiones fundamentales de la coautoría". En: *CDJP*. Nº 15, 2003, p. 63: "Más bien cabe denominar la intervención del partícipe como 'adhesión' no autónoma, lo que al mismo tiempo puede explicar la accesoriedad de la participación. Dicho de otro modo: el riesgo no permitido en cuestión **incumbe** al partícipe solo de modo **mediato**".

(377) Véase, para más detalles: SCHMOLLER, Kurt. "¿Participación sucesiva?". Traducción de Isidoro Blanco e Isabel Sánchez. En: DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *Revista de Derecho Penal*. Autoría y participación III, Santa Fe, 2006-1, p. 29.

(378) BETTIOL, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte general*. Traducción de José León Pagano, Bogotá, 1965, p. 511: "De la neta separación entre la figura del autor y la del partícipe se deriva una regla que consideramos fundamental en materia de participación: la de la **naturaleza accesoria de la participación**".

(379) LATAGLIATA, Ángelo Raffaele. *El concurso de personas en el delito.* Traducción y notas de Carlos Tozzini, Buenos Aires, 1967, p. 63: "La comisión del delito constituye el punto de referencia normativo para establecer el relieve jurídico-penal de estos comportamientos llamados de mera complicidad, que obtienen el fundamento de su incriminación, no directamente de la conformidad al modelo legal de la acción prevista por la ley como delito, sino únicamente de la relación de dependencia o de accesoriedad que los liga al delito cometido por uno o varios copartícipes".

(380) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal*. México-Buenos Aires, 1963, pp. 506-507: "La participación es accesoria de un acto principal; pero se es solo culpable de la propia culpabilidad y a nadie aprovecha la inculpabilidad ajena".

(381) CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Volumen segundo (revisado y puesto al día por César Camargo Hernández), Barcelona, 1971, p. 627: "Los actos de participación carecen de autonomía propia y solo tienen alcance penal respecto del hecho del autor. La punibilidad de los copartícipes (coautores, inductores, cómplices) dependen de este hecho. Si el autor consuma el delito, el coautor o el cómplice responderán de delito consumado; si no llega a realizar todos los actos de ejecución responderán solo de tentativa. Semejante dependencia de la obra del autor es denominada "accesoriedad" de la participación y se considera como uno de los rasgos esenciales".

(382) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito.* Valencia, 1991, p. 181.

(383) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Montevideo-Buenos Aires, (reimpresión), 2005, p. 398: "El fundamento del castigo de la participación conduce, como se ve, al principio supremo de la teoría de la participación: el *principio de accesoriedad limitada de la participación*".

(384) COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte general*. Valencia, 1991, p. 578: "De la estructura conceptual de la participación se sigue, como consecuencia necesaria, su carácter accesorio: la participación como tal no podrá ser castigada sino en la medida en que llegue a serlo el hecho principal, esto es, en la medida en que el hecho principal alcance el estadio de la tentativa".

Rodríguez Devesa(385); Cerezo Mir(386); Sainz Cantero(387); Berdugo Gómez de la Torre y otros(388); Bustos Ramírez(389); Gómez Benítez(390); Pérez Alonso(391); López de Barja Quiroga(392); Lorenzo Salgado(393), entre otros.

En la literatura argentina, aunque no siendo propiamente finalistas como en el caso de Soler(394); Fontán Balestra(395), Fierro(396); y otros autores que

(385) RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal español. Parte general.* Madrid, 1985, p. 807: "La naturaleza accesoria de la participación es una necesidad conceptual. Participar es tomar parte en el acto de otro. La participación implica una conducta básica, al del autor, que realiza lo que Beling denominaba *el núcleo* del delito (...)".

(386) CEREZO MIR, José. *Obras completas*. Tomo I, Lima, 2006, p. 1096.

(387) SAINZ CANTERO, José. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Tomo III, Barcelona, 1985, pp. 185 y 186 "La participación tiene una naturaleza accesoria, lo que significa que la responsabilidad del partícipe depende de la que corresponda al autor principal".

(388) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general.* Barcelona, 1996, p. 250.

(389) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal español. Parte general*. Barcelona, 1984, p. 333. EL MISMO, 2004, p. 660, ha precisado que cuando se habla de los partícipes en un hecho delictivo: "(...) se está haciendo referencia a personas cuya actividad delictiva está en dependencia con la del autor. La actividad del autor sería la principal y la del partícipe, la accesoria (…) La participación en un hecho ajeno, por eso presupone la existencia de un autor, de un hecho principal al cual se accede" (p. 1081).

(390) GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, p. 501.

(391) PÉREZ ALONSO, Esteban. "La autoría y la participación en el Código Penal español de 1995 y en la reciente reforma penal". En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.). *Revista de Derecho Penal*. Autoría y participación III, Santa Fe, 2006-1, p. 160. "El principio fundamental que rige en esta materia es el de la accesoriedad de la participación, que consiste en tomar parte en el hecho ajeno realizado por el autor. La participación se concibe como un simple concepto de referencia, pues no puede hablarse de participación sin referirse al mismo tiempo a aquello en lo que se participa".

(392) LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal Parte general.* Tomo II, Lima, 2004, p. 349, sostiene que: "El principio de accesoriedad implica que existe dependencia entre personas, valores, hechos o situaciones. Y cuando se afirma que la participación es siempre accesoria, quiere decirse que el hecho del partícipe depende del hecho del autor. Participar es, como dijimos, intervenir en un hecho ajeno". EL MISMO: "La accesoriedad". En: *CDJP*. Nº 9-A, 1999, p. 403.

(393) LORENZO SALGADO, José Manuel. "Notas sobre la participación criminal en el derecho español (Una aproximación a las cuestiones básicas)". En: *Estudios Penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias*. Lima, 2003, p. 168, sostiene que "el carácter accesorio o subordinado de la participación es una exigencia conceptual: el castigo del partícipe depende de lo realizado por el autor. O dicho en otras palabras, el hecho principal marca el alcance del hecho secundario, esto es, posibilita su castigo: no hay, por tanto, participación posible sin un hecho central al que referida".

(394) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino.* Tomo II (actualizador Guillermo J. Fierro), Buenos Aires, 1992, p. 314. "Por eso, en tales sistemas legislativos, tienen particular importancia el principio de la **naturaleza accesoria de la participación**. Este principio vale, sin duda, ante nuestra ley, en los sentidos que dejamos expuestos: unidad de hecho, comunidad de hecho, necesidad de la existencia de un hecho principal (...)".

(395) FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo II, Buenos Aires, 1995, p. 453 dice que: "La naturaleza accesoria es de la esencia misma de la participación; lo que se debe determinar es hasta qué punto la acción del partícipe se subordina a las características y modalidades jurídico penales del hecho principal".

(396) FIERRO, Guillermo Julio. *Teoría de la participación criminal*. Buenos Aires, 2001, pp. 19-21 anota que "(...) dicha accesoriedad se liga al concepto de participación por una lógica necesidad; no hay

siguen afiliados a la doctrina del injusto penal como en el caso de Frías Caballero, Codino y Codino[397]; Fernández y Paztoriza[398]; Cantisani[399]; Cabral[400]; Herrera[401]; Balcarce[402]; Mage[403]. Un caso particular es la accesoriedad propuesto por Silvestroni[404], entre otros.

Finalmente en la literatura peruana puede citarse a quienes se adhieren a la postura finalista, entre otros autores, a los profesores Peña Cabrera[405], Hurtado Pozo[406], Villa Stein[407], Villavicencio Terreros[408], Rojas Vargas[409], Reátegui

complicidad si no hay autor de la acción típica descrita por la respectiva figura por la cual se ayuda o auxilia (...) la previa conceptualización del autor resulta insoslayable para poder determinar la calidad de cómplice, pues suprimiendo esa conducta del autor nada punible manos queda entre las manos". El mismo Fierro agrega (p. 30): "La misma naturaleza accesoria que tiene la participación, requiere fundamentalmente que la acción principal ejecutada por el autor sea típica y (...) también antijurídica. Si esa acción principal no es perfectamente encuadrable dentro de un determinado tipo penal, pierden significación jurídica todas las acciones laterales en que la participación consiste".

(397) FRIAS CABALLERO, Jorge / CODINO, Diego / CODINO, Rodrigo. *Teoría del delito.* Buenos Aires, 1992, p. 433. RUSCONI, Maximiliano. "Comentarios a los artículos 45/46". En: BAIGÚN y ZAFFARONI (Dir.) y TERRAGNI (coord.). *Código Penal y normas complementarias*. Tomo 2, Buenos Aires, 2002, p. 165: "La exigencia conceptual de una participación accesoria surge de entender el rol de los partícipes como colaboradores en un hecho ajeno".

(398) FERNÁNDEZ, Alberto A. / PAZTORIZA, Luis G. *Autoría y participación criminal*. Buenos Aires, 1987, pp. 31-32: "Así, llegamos a la conclusión de que la virtualidad de la participación depende, indefectiblemente, de la virtualidad que tenga el hecho principal".

(399) CANTISANI, Inés. "La delgada línea entre cómplice necesario y secundario". En: *Revista de Derecho Penal*. 2005-2, p. 389: "Debe recordarse también el carácter accesorio de la participación delictiva". D´ALESSIO, Andrés José (Dir.) Divito, Mauro A. (Coord.). *Código Penal. Comentado y anotado. Parte general (artículos 1 a 78 bis).* Buenos Aires, 2005, p. 526.

(400) CABRAL, Luis C. *Compendio de Derecho Penal y otros ensayos*. Buenos Aires, 1997, pp. 217-218.

(401) HERRERA, Lucio Eduardo. "Coautoría por división de funciones". En: *La Ley*, 1990-D, p. 28: "Los auxiliares y cooperadores y los instigadores quedan fuera del concepto de autor y pasan a regirse por el principio de accesoriedad al hecho".

(402) BALCARCE, Fabián. En: Lascano, Carlos J. (h). *Derecho Penal. Parte general. Libro de Estudio.* Córdoba, 2002, p. 539.

(403) MAGE, Cecilia. "Algunas cuestiones sobre la autoría y la participación en los delitos imprudentes". En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.) *Revista de Derecho Penal*. Delitos culposos II, Santa Fe-Buenos Aires, 2002-2, p. 371.

(404) SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires, 2004, p. 280.

(405) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte general*. Lima, 1994, p. 316.

(406) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Lima, 2005, pp. 885-886: "No hay acto sin autor. De esto se desprende (…) que no existe participación sin autor (carácter accesorio)".

(407) VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. Lima, 1998, p. 308.

(408) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Lima, 2006, pp. 498 y 499. También el mismo autor: *Lecciones de Derecho Penal.* Lima, 1990, p. 218.

(409) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, 2002, p. 75.

Sánchez[410], Sánchez Mercado[411], Castillo Alva[412], Alcócer Povis[413], Salazar Sánchez[414].

El principio de accesoriedad no debe entenderse como una infracción del principio de responsabilidad personal. Habrá que hacer una aclaración: el reconocimiento del principio de accesoriedad no debe llevarnos a la conclusión errónea de que el partícipe responde por un hecho punible ajeno, ya que daría la sensación de que el partícipe respondería por una conducta distinta a la del autor. Es decir, la conducta del partícipe si bien es cierto no tiene autonomía para configurar injustos penales de la parte especial, también es cierto que su actuación no puede desligarse absolutamente del marco imputativo llevado a cabo por el autor; por ello, el autor y partícipe están dentro de una misma concepción de comportamiento jurídico-penal.

En el Derecho Penal de acto, como el que actualmente rige en nuestro sistema, el partícipe debe responder al igual que el autor por su propia actuación en el desarrollo de un determinado ilícito penal, sin perjuicio de que alguno de los elementos que configuran su propio injusto se derive de la actuación de un hecho principal. En consecuencia, solo el autor (directo, mediato o coautor) realiza el tipo de injusto del delito prescrito en la parte especial o en leyes complementarias, mientras que el partícipe realiza otro tipo: el de participación criminal. En este sentido, como bien apunta Gutiérrez Rodríguez que "(…) se deriva de la prohibición dirigida al autor, que se convierte en el hecho de referencia para el partícipe, de modo que su propia colaboración conlleva un ataque indirecto y accesorio al bien jurídico penalmente protegido por el tipo principal"[415].

(410) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "*Los delitos de corrupción de funcionario y criminalidad organizada*". En: *Revista de Derecho Penal*, II –Delitos contra la Administración Pública, Santa Fe, 2004, p. 348.

(411) SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. "La participación delictiva y la teoría de accesoriedad limitada. ¿Puede condenarse a un partícipe sin condenar a un autor?". En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.), *Revista de Derecho Penal*. Autoría y participación III, Santa Fe, 2006-1, p. 226. EL MISMO. "Punibilidad de la participación criminal y la ruptura del título de imputación y de la unidad del procedimiento". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 95, Lima, agosto de 2006, p. 195.

(412) CASTILLO ALVA, José Luis. "¿El presidente cómplice o el presidente imprudente? Bases para una responsabilidad penal del ex presidente Alberto Fujimori". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 93, Lima, agosto de 2001, p. 28, sostiene que: "La participación, a diferencia de la autoría, se caracteriza por la falta u ausencia del dominio del hecho, de quienes intervienen en el delito, pero sin que por ello se pierda la necesaria relación de causalidad e imputación objetiva entre la conducta del partícipe y el resultado cometido. La participación criminal se vincula con el principio de accesoriedad de la participación".

(413) ALCÓCER POVIS, Eduardo. "La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 142, Lima, setiembre de 2005, p. 100.

(414) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. "Tratamiento del homicidio simple en el Código Penal peruano". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 138, Lima, mayo de 2005, p. 282.

(415) GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. *La responsabilidad penal del coautor*. Valencia, 2001, pp. 48-49.

En suma, existe una relación indesligable entre los hechos delictivos del autor y los hechos de favorecimiento del partícipe, que obra favoreciendo a un hecho ajeno, situándose los actos desplegados por el partícipe en una relación indesligable de dependencia de los hechos del autor. La supresión de la exigencia de accesoriedad conduce a una ampliación enorme de la punibilidad, porque permite castigar actos de contribución a delitos que el autor siquiera ha comenzado a ejecutar. En efecto, Silvestroni dice que "(…) aunque desde el subjetivismo podría sostenerse lo injustificado de supeditar la pena de los partícipes a la eventualidad de que el autor efectivamente actúe, lo cierto es que, teniendo en cuenta la operatividad real del sistema penal, la ampliación del poder punitivo que generaría la supresión de la accesoriedad sería letal para la vigencia del derecho a la libertad"(416).

En cuanto a la punición, la participación criminal no escapa al principio de legalidad en materia criminal, en tal sentido el legislador establece determinadas reglas generales que determinan la punición de la participación criminal. "Por ello la determinación precisa de las reglas de accesoriedad en los diferentes Códigos Penales, o su deducción constitucional cuando ellas no existen, es esencial para el respecto del principio de legalidad"(417). Por otro lado, a partir de las reglas relacionadas con las normas concretas de la parte especial se determina el tipo penal ampliado de participación. Ahora bien, habría que advertir que si bien en la parte general están las características de cada sujeto interviniente y la pena correspondiente, pero no está el concepto mismo de la "accesoriedad" que es al final de cuentas lo que debe regir a la participación criminal. Esto es consecuencia de que en la parte general no existe un principio de legalidad en forma real –como sí pudiera decirse en la parte especial–, sino simplemente que debe dejarse a la doctrina y la jurisprudencia penal el alcance y significado de los conceptos dogmáticos.

El principio de accesoriedad de la participación criminal, llevado a sus últimas consecuencias en materia de penalidad –y en esto seguimos a Pérez Alonso–, debería conducir a que autores y partícipes sean castigados con distinta pena. Los inductores y los cómplices (únicos) deberían ser castigados con carácter general con la pena inferior en grado a la del autor, estableciéndose una cláusula de equiparación facultativa de la pena a la del autor en los casos más graves(418). En suma, el principio de accesoriedad llevado a sus últimas consecuencias jurídico-dogmáticas no ofrece todas las soluciones coherentes

(416) SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito.* Buenos Aires, 2004, p. 281.
(417) Ídem.
(418) PÉREZ ALONSO. *La autoría y la participación en el Código Penal español de 1995 y en la reciente reforma penal*, p. 177.

que se espera en algunos supuestos. Por ejemplo: en determinados supuestos de participación intentada en delitos considerados graves y de participación de sujetos cualificados en delitos especiales propios cometidos por un ejecutor no cualificado. Por tal motivo, algunos ordenamientos jurídico-penales en los que se recibe –expresa o implícitamente– el principio de accesoriedad en la cointervención delictiva acuden en ocasiones a mecanismos correctores y se establecen previsiones legales con el objeto de ampliar la punibilidad de estas conductas.

## 5. Las clases de accesoriedad en la participación criminal

En principio, los principios que rigen entre los autores y los partícipes son los siguientes(419): principios de la convergencia, principio de la exterioridad, principio de la comunicabilidad y el principio de la accesoriedad(420). Sobre este último, el principio de accesoriedad debemos distinguir dos supuestos: a) La accesoriedad cuantitativa o dependencia en función al grado de desarrollo del delito; y b) La accesoriedad cualitativa o dependencia de los elementos analíticos del delito.

### 5.1. La accesoriedad cuantitativa o dependencia en función al grado de desarrollo del delito

En cuanto a la dependencia del grado de realización del delito, esta debe advertirse desde la conducta del autor, cuando esté en fase ejecutiva del delito. Deberá encontrase en grado de tentativa para ser punible la participación. **La punibilidad de la participación requiere en su límite mínimo un comienzo de ejecución**(421), y para nuestro caso, deberá regirse por lo dispuesto

(419) FIERRO, Guillermo Julio. *Teoría de la participación criminal*. Buenos Aires, 2001, sostiene que deben darse los siguientes elementos en la participación: 1) Identidad de tipo.- Los diferentes aportes deben concurrir a uno o varios hechos delictivos; 2) Convergencia subjetiva y objetiva.- Existe convergencia subjetiva (dolo) cuando el partícipe sostiene el concebir la propia acción como parte integrante de un todo querido. Existe convergencia objetiva cuando los partícipes prestan su aporte o colaboración de manera física, intelectual o psíquica y 3) Exterioridad.- Cuando la conducta de partícipe debe exteriorizarse y tener como consecuencia una modificación en el mundo exterior, es decir, debe darse en la etapa de ejecución del delito del autor. (accesoriedad cuantitativa o externa).

(420) GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2001, p. 43, menciona que: "Una cuestión particular es la regulada en los artículos 24, 25 y 26 del Código Penal suizo, en la cual se reconoce hasta tres tipos de accesoriedad según la doctrina y la jurisprudencia de dicho país: en primer lugar, una accesoriedad **lógica** (la actividad del partícipe debe ir referida a un hecho principal ajeno); en segundo lugar, una accesoriedad **fáctica** (el hecho principal debe encontrarse al menos intentado) y en tercer lugar, una accesoriedad **limitada** (el hecho principal debe ser típico y antijurídico)".

(421) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino.* Tomo II, actualizado por Guillermo Fierro, Buenos Aires, 1992, p. 311 (el resaltado es del texto).

en el artículo 16 del Código Penal peruano. Resulta sumamente específico en este tema el Anteproyecto de Ley del Código Penal. Parte general (2004) que prescribe lo siguiente: "En relación con la complicidad (artículo 25), el Anteproyecto estima conveniente precisar el momento en el que el cómplice puede otorgar su aporte o auxilio. Así, se otorgará tanto en la etapa preparatoria ("actos anteriores"), como en la etapa de ejecución ("actos simultáneos") de la ejecución del hecho punible". En otras palabras, el fundamento de la punición radica una pura accesoriedad, que solo puede ser punible la conducta del partícipe hasta que puede castigarse al autor, es decir, hasta la consumación del delito.

Por ejemplo, si un sujeto induce a otro a cometer un homicidio, pero el segundo no llega siquiera a intentar el delito, no habrá inducción a un homicidio, puesto que tal homicidio no se ha cometido. Si el autor ha dado comienzo a la ejecución delito pero no lo ha consumado, los partícipes responderán como inductores, cooperadores necesarios o cómplices en un delito en grado de tentativa. Solo si el autor ha consumado el delito responderán los partícipes de participación en el delito consumado. Mediante la sanción de la instigación, no se pretende reprimir simplemente la persuasión, creación en otra persona de la resolución criminal; es necesario que esta voluntad se manifieste y concretice. Por esto, solo es punible el instigador cuando el instigado haya consumado la infracción o, por lo menos, haya intentado hacerlo.

Cuando una persona interviene antes de la tentativa (artículo 16 del Código Penal) nos encontramos en fase preparatoria –y por tanto impune– y no da lugar a la participación criminal, sino a los supuestos de conspiración si hubiera en la parte especial del Código Penal. La complicidad y la instigación es punible desde la iniciación de los actos de ejecución, aunque sea que estos se hayan interrumpido (tentativa); pero una cosa es la participación en la tentativa y otra distinta es la tentativa de participación. Este último supuesto, como se sabe, es impune.

La jurisprudencia argentina ha dicho que "la tentativa de complicidad no es posible, es decir, el intento de aporte a la comisión de un delito sin que dicho aporte se haya podido efectivizar –en el caso, al haberse descubierto la maniobra ardidosa, investigada antes de la entrada en escena del presunto cómplice–, ya sea por voluntad del partícipe o por una circunstancia ajena a su voluntad". (TS Córdoba, Sala Penal, 2000/03/13, "Bardagi, César E", LL-C, 2000, p. 1444). Al menos en el sistema peruano solo convierte en sancionable penalmente una participación cuando el hecho principal "objetivamente" ha llegado al menos al principio de ejecución, es decir, se pone una barrera de al menos de dónde comienza el castigo, a la manera de una condición objetiva de

punibilidad. La dependencia cuantitativa tiene como fase final la consumación del delito, no existe participación posterior al delito(422).

### 5.2. La accesoriedad cualitativa o dependencia de los elementos analíticos del delito

Conocida también como dependencia de los elementos del delito. Ambas dependencias están referidas a la actuación del autor. En lo que respecta a dependencia cualitativa, esta debe darse en función a las categorías del delito, entonces surgen diversas posturas sobre si el hecho cometido por el autor para ser extensivo al partícipe debe ser típico, antijurídico, culpable o punible. Esta accesoriedad ha dado lugar a varios grados, y son las siguientes:

#### 5.2.1. Accesoriedad mínima (el hecho del autor sea típico)

Al respecto Latagliata expresa que: "Este concepto de accesoriedad mínima es, se puede decir, un principio lógico-jurídico que ata al legislador, quien, por ello, no es libre de configurar a su arbitrio la estructura del concurso de personas en el delito, dado que esta resulta ontológicamente ligada al presupuesto de la comisión de una acción típica"(423).

#### 5.2.2. Accesoriedad limitada (el hecho del autor tiene que ser típico y antijurídico)

No siempre rigió la accesoriedad limitada. Así, en Alemania, desde la reforma de 1975, decidió la doctrina dominante y la jurisprudencia que la inducción y la complicidad presuponen un **hecho principal antijurídico y dolosamente realizado**(424). La accesoriedad limitada indica que si una causa de justificación ampara la conducta típica del autor no existirá el injusto principal (autor) y desde luego la participación no será punible. La consecuencia de asumir la accesoriedad limitada para la participación es que de existir una causa de justificación vale para todos los intervinientes en el hecho. Por ejemplo, quien induce a otro a defenderse legítimamente está induciendo a un hecho justificado para todos, cuya justificación, por lo tanto, le permite a cualquiera

(422) Así, por ejemplo, el artículo 47 del Código Penal argentino prescribe que: "Si el hecho no se consumase la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y los del título de la tentativa; porque, en efecto para aplicar las disposiciones de la tentativa forzoso será que exista un comienzo de ejecución, dado la irrelevancia de un mero acto preparatorio".

(423) LATAGLIATA, Ángelo Raffaele. *El concurso de personas en el delito*. Traducción y notas de Carlos Tozzini, Buenos Aires, 1967.

(424) JESCHECK, 1993, p. 597.

contribuir lícitamente a su realización. En cambio, si el autor realiza un injusto en forma inculpable, esta circunstancia no alterará la tipicidad del partícipe.

En conclusión, la participación es típica solo cuando la conducta del partícipe sea realizada en forma dolosa y accesoria de un hecho doloso del autor. Debemos de reconocer que el principio de accesoriedad limitada obliga a hablar de autor en cuanto alguien haya realizado los elementos del tipo en un contexto no justificado, o dicho de otro modo, que la autoría es un *problema de injusto*(425). La doctrina mayoritaria es la que adopta la llamada accesoriedad limitada en cuanto a la llamada dependencia de los elementos del hecho punible, la cual exige que el hecho del autor sea solamente típico y antijurídico para poder hablar de una posible participación punible(426). A favor de la accesoriedad limitada para el derecho español, Cerezo Mir "(…) aduce que en los artículos 28 y 29 se habla de la realización o ejecución del 'hecho' y la palabra hecho equivale (como en los N°s 1° y 2° del artículo 20) a acción u omisión típica y antijurídica. Pero la palabra "hecho", en los artículos 28 y 29 podría significar exclusivamente acción u omisión típica, aunque en los N°s 1° y 2° del artículo 20 incluyera la referencia a la antijuricidad, del mismo modo que la palabra delito se utiliza en nuestro Código en diversos sentidos"(427).

(425) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal". En: *Revista de Derecho Penal*, p. 108 (las cursivas son del texto).

(426) WELZEL, Hans; *Derecho Penal. Parte general*. Traducción de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, 1956, p. 119: "Para la calidad criminal del hecho principal es necesario y suficiente, que sea doloso y antijurídico, sin que precise ser culpable". WESSELS, 1980, p. 163 dice que "La accesoriedad limitada no exime de la exigencia de que el hecho principal deba haber sido cometido "dolosamente". Solo es punible **la participación dolosa en un hecho principal antijurídico cometido dolosamente**". ZAFFARONI. Tomo III, p. 360, ha dicho que "el partícipe actúa afectando el mismo bien jurídico que el autor, pero solo no lo hace en forma directa, sino por **medio del hecho antijurídico del autor**". FERNÁNDEZ, Alberto A. y PASTORIZA, Luis G. Autoría y participación criminal, Buenos Aires, 1987, p. 33: "La accesoriedad limitada es la que más se ajusta a nuestro derecho y a la racionalidad jurídica". Aunque este autor no siendo un finalista, también postula esta tendencia: BUSTOS RAMÍREZ, 2005, p. 1084. RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal español. Parte general*. Madrid, 1985, p. 827, anota que: "El Código requiere, para poder castigar a los partícipes, que el autor principal haya realizado una conducta típicamente antijurídica, es decir, se atiene al criterio de la accesoriedad limitada". LORENZO SALGADO. *Notas sobre la participación criminal en el derecho español (Una aproximación a las cuestiones básicas)*, p. 169, sostiene: "Que nuestro Derecho positivo pueda interpretarse en el sentido de la accesoriedad limitada es altamente satisfactorio, tanto desde una vertiente dogmática como político-criminal, puesto que la accesoriedad mínima llevaría a castigar al partícipe en una acción típica aunque la misma estuviera justifica y la accesoriedad máxima comportaría la impunidad para el partícipe en una acción típica y contraria a Derecho en los casos en que en el autor no concurriere un elemento tan personal como el de la culpabilidad". CABRAL, Luis C. *Compendio de Derecho Penal y otros ensayos*. Buenos Aires, 1997, p. 216.

(427) CEREZO MIR, José. *Obras completas*. Tomo I, Lima, 2006, p. 1102.

### 5.2.3. Accesoriedad máxima o extrema (el hecho del autor sea típico antijurídico y además culpable)

La accesoriedad extrema era el punto de sustentación del Código Penal alemán hasta la reforma del año 1943, probablemente con la doctrina dominante(428). La razón de la exigencia de la accesoriedad máxima se encontraba en que para la participación criminal se exigía dolo en el autor y como el dolo estaba ubicado en la culpabilidad, la exigencia era totalmente lógica. Ahora bien, una vez excluido el dolo de la culpabilidad es posible seguir exigiendo dolo en el autor sin que al tiempo se tenga que exigir también la culpabilidad, por lo que basta con que el autor realice un hecho típico (doloso) y antijurídico.

En la conducta del autor debe haberse alcanzado tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, lo cual era lógico desde una concepción causalista del hecho punible. Sin embargo, esto producía ciertos problemas: si se ayudaba o instigaba a un menor de edad o a un enajenado a la realización de un delito, no había un hecho principal, pues tanto el menor como al enajenado le faltaba la culpabilidad, luego no había autor y tampoco podía haber partícipe, todos quedaban impunes. De ahí que surgiera la teoría del autor mediato para cubrir las lagunas existentes.

### 5.2.4. Hiperaccesoriedad (además de ser típico, antijurídico y culpable debe poseer condiciones objetivas de punibilidad)

Existe una dependencia de partícipe de las cualidades personales del autor, de modo que las circunstancias que elevan o disminuyen la penal inherentes a su persona, agravan o atenúan la del partícipe.

## 5.3. Excurso: No existe participación criminal si el hecho ya fue consumado. Especial referencia a la doctrina del "acuerdo previo"

Una de las reglas básicas en la teoría de la participación criminal es que el momento del aporte del partícipe debe producirse en la fase de preparación como de la ejecución del delito, mas no en fase del agotamiento, es decir, cuando es jurídicamente imposible establecer aportes causales de los intervenientes en el evento delictivo. El *iter criminis* tiene un inicio y un final, y solo en ese lapso temporal puede imputarse contribuciones al resultado típico, de acuerdo a su grado de responsabilidad. López Peligrini ha dicho que la "(…) complicidad puede tener lugar por actos simultáneos a la ejecución, pero no por actos posteriores a esta: La doctrina mayoritaria coincide en negar la complicidad

(428) BOCKELMANN, 1960, p. 8.

en aportaciones realizadas cuando la lesión o puesta en peligro del bien jurídico ya ha tenido lugar"[429]. En determinadas hipótesis delictivas (delitos de simple actividad**,** de emprendimientos, omisión propia, etc.) no cabe participación cuando el hecho ha sido consumado, salvo las excepciones y particularidades que puedan plantearse para los delitos permanentes en los cuales se extiende la consumación hasta que cese dicho estado. En suma, pues, no existe participación criminal cuando el delito se haya agotado[430].

Por lo demás resulta totalmente errado postular la hipótesis que pueda existir colaboración o instigación en fase de agotamiento del delito; lo que sí podría dar cabida a un delito autónomo como el encubrimiento (real o personal), pero como título de autoría[431]. Lo que importa es que la conducta del partícipe haya sido exteriorizada antes de la producción del resultado lesivo o peligroso, de manera que este haya podido contribuir efectivamente al resultado típico. Más allá de la eficacia causal no se concibe lógico ni jurídicamente una conducta del partícipe. Por consiguiente no constituye participación criminal alguna, dado que la doctrina es unánime al afirmar la imposibilidad de alguna forma de participación posterior a la consumación[432].

(429) En este sentido: LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, p. 304, en relación con el delito de agotamiento sostiene que "es aquel en el cual el autor ha logrado producir todos los efectos dañosos que eran consecuencia de la violación perpetrada y a los cuales tendía el agente de modo tal que no quedara espacio para modificar ya la situación, va de suyo que es posible participar en un delito consumado, pero no agotado, cuando el aporte se brinda antes que la última etapa se encuentre concluida".

(430) FIERRO, 2001, p. 59.

(431) Véase, para más detalles: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. *Los delitos de encubrimiento. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Lima, 2005, p. 36, que indica lo siguiente: "Se halla muy extendida en la doctrina la afirmación de que el encubrimiento no constituye una forma de participación, sino un delito *no autónomo,* aunque accesorio".

(432) Por citar a algunos autores como: MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Volumen II, traducción de José Ortega Torres, Bogotá, 1954, p. 110: "no es concebible el concurso para un delito agotado, pues entonces se daría vida a un nuevo delito, de naturaleza accesoria, como el favorecimiento o la receptación". BETTIOL, 1965, p. 505. STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte general I.* Traducción de Gladys Nancy Romero, Buenos Aires, 1999, p. 262: "la posibilidad de la participación está fuera de toda duda cuando el hecho principal al que contribuye ha sido **consumado**". LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004, p. 35, sostiene la participación puede darse: "Normalmente hasta la consumación, pues no cabe participación cuando el delito ya ha sido consumado". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Tomo II, Ediciones Jurídicas, Lima, 1986, p. 589: "el principio es que solo puede haber participación mientras el injusto no se ha ejecutado; cuando termina la ejecución del injusto, ya no es posible la participación y solo es posible contemplar la posibilidad de que la conducta encuadre dentro de alguno de los supuestos típicos de encubrimiento." BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas.* Tomo I, Lima, 2004, p. 1083: "Tampoco puede haber participación después de la consumación del hecho (por ejemplo, en su agotamiento), pues ya el hecho principal ha sido realizado". DONNA, 2002, p. 108, al referirse al momento de prestación de ayuda del cómplice, nos dice que: "No creemos que se pueda discutir que la complicidad es posible antes o durante el hecho y hasta su consumación material. La aportación posterior, en principio, entra como delito autónomo punible como encubrimiento".

Empero, la ciencia penal ha establecido que la participación criminal, y concretamente en la complicidad secundaria se puede participar en actos de preparación y de ejecución, inclusive algunos autores señalan que pueden participar después de la consumación siempre que exista un **acuerdo previo**(433). En el Código Penal peruano no existe la figura de la complicidad *subsequens*. Por el contrario, en el Código Penal argentino, sí; es más el artículo 46 establece que la complicidad secundaria son "los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho", incluye asimismo en la misma categoría a "los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo". Los supuestos de "promesa previa" de realizar una actividad con posterioridad a la consumación, son supuestos de complicidad, precisamente por la existencia de dicha promesa previa. El cómplice es secundario, cuando la cooperación es accesoria o presta un auxilio posterior, cumpliendo promesas anteriores. La ayuda que presta el cómplice secundario, puede ser antecedente, concomitante, y subsiguiente al delito.

También habrá que citar a la jurisprudencia internacional que ha sido favorable a admitir formas de participación criminal posteriores a la consumación del crimen: en el caso Tadic, la Sala de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia declaró en la sentencia del 7 de mayo de 1997 que la complicidad implica "apoyar la actual comisión, antes durante, o después del incidente" y que el cómplice será responsable de todo aquello que naturalmente resulte de la comisión del acto en cuestión, siguiendo con ello la

(433) REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal. Parte general*. Bogotá, 1990, p. 135: "La complicidad subsiguiente se presenta cuando el cómplice interviene después de que el autor material a consumado el hecho; esta clase de participación solo constituye complicidad cuando la colaboración a posteriori ha sido fruto de un acuerdo previo a la comisión del hecho típico; cuando tal concierto no ha tenido ocurrencia y el conocimiento del delito se tiene después de su consumación, pese a lo cual se presta ayuda al delincuente, surge la figura del encubrimiento. La legislación colombiana solo hay un tipo de complicidad, no existe la distinción de primario o secundario, la contribución puede ser antecedente, concomitante y subsiguiente". JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general*. Madrid, 1995, p. 815: "a) Es imposible la complicidad en un suceso concluido. Naturalmente, la promesa de realizar actividades que han de seguir al hecho puede constituir para el autor la condición para comenzar o no; entonces en la promesa hay complicidad psíquica". MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, 1996, pp. 406-407: "En cambio, no existe ninguna dificultad para que la complicidad del artículo 29 del Código Penal. Pueda prestarse tanto mediante actos anteriores (preparatorios) como simultáneos, según expresamente prevé la ley. Se admite generalmente que la promesa de favorecimiento posterior a la consumación, cuando es hecha con anterioridad al delito, constituye también cooperación y no encubrimiento". FIERRO, 2001, pp. 510-511: "prosiguiendo con el análisis de la naturaleza jurídica de la figura del cómplice *subsequens*, surge con toda nitidez que lo esencial es la promesa previa, la cual debe haber sido creíble para el autor". PARRA GUTIÉRREZ, William René. *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, 1998, p. 45; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004, p. 386.

teoría inglesa de la "*concerned in the killing*"(434). Muchas veces en el ámbito del derecho internacional (público) no se sigue al "pie de la letra" lo que la dogmática jurídico-penal indica. Una prueba de ello es que precisamente, admite participación criminal pos-consumación, entonces, debemos preguntarnos: ¿Los principios que exige la dogmática jurídico-penal es solo de competencia exclusiva para los penalistas o debe tener vigencia en otros ámbitos jurídicos como en el derecho internacional o constitucional? Definitivamente, es un asunto que debemos replantearlo, si queremos que la ciencia penal tenga vigencia "universal".

Volviendo a nuestro tema, la jurisprudencia peruana admite la vigencia del "acuerdo previo"; así la Sala Penal Permanente R.N. 2976-2004-Lima (caso Rodríguez Huerta) tiene dicho en el considerando cuarto:

> "(…) que, así las cosas, es de dilucidar con carácter previo dos cuestiones dogmáticas: el momento de intervención del partícipe, y el momento de consumación del delito de enriquecimiento ilícito; que constituye doctrina unánime que el partícipe puede intervenir en la preparación del hecho o en su ejecución [el cómplice primario solo puede hacerlo en el momento de preparación –si intervino en la ejecución sería, sin duda, coautor–] (...) que aplicando las reglas generales de participación delictiva la complicidad será posible durante los actos de preparación o durante los actos de ejecución propiamente dicha, esto es siempre que el delito no esté consumado: (...), es del caso definir si su conducta fue previa o coetánea al enriquecimiento del acusado HR; que las pruebas antes glosadas determinan que objetivamente intervinieron mucho tiempo después que el acusado HR obtuvo el dinero cuestionado (...); que es cierto que un supuesto de complicidad primaria se da cuando la intervención está dada por una promesa anterior [se trata, apunta Robinson Gonzáles Campos, siguiendo a Carlos Fontán Balestra, de prestar una ayuda posterior cumpliendo una promesa previa al hecho, de otro modo sería encubrimiento] (...)".

### 5.4. La convergencia intencional en la participación criminal

La participación requiere, como elemento subjetivo, que la voluntad del partícipe se dirija a contribuir a la realización del hecho principal del autor. La contribución prestada al autor ha de ser querida, sin que sea necesario un acuerdo con él. La participación dolosa en un hecho requiere el dolo del autor principal. Para poder ser cómplice doloso de un homicidio, no basta que

(434) Véase, en este sentido: CARO CORIA, Carlos. "La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional". En: *Ius et Veritas*. N° 23, Lima, p. 262.

el cómplice quisiera con su ayuda contribuir a que el autor matase a su víctima, sino que es preciso que el autor tenga dolo en su conducta. Los cómplices e instigadores deben conocer no solo los elementos fundantes de la tipicidad objetiva del autor sino también los concernientes a la tipicidad subjetiva, esto es, la existencia de dolo y en su caso los especiales elementos del tipo subjetivo. La situación es más complicada cuando el partícipe yerra sobre el dolo del autor, o cuando lo querido por este sea excedido por el dolo del autor, donde aquel responderá solo por lo que quiso, aunque también se admite el dolo eventual.

La jurisprudencia argentina tiene dicho lo siguiente: "La participación en cuanto forma ampliada de la tipicidad supone el conocimiento de los elementos del tipo objetivo siendo sobre esa base que se edifica el aspecto cognitivo del dolo; ello llevaría a afirmar sin hesitación que ante el supuesto de actuar el autor excediendo lo querido por el partícipe, esta responderá exclusivamente por su dolo, tal como lo proclama expresamente el artículo 47 del Código Penal"(435). "En la teoría de la participación se muestra que la imputación dolosa va hasta donde llega el conocimiento (no la intención), en cuanto ese conocimiento no haya sido un motivo para abstenerse de obrar, asistiendo con ello el resultado"(436).

Por ello, existe mucha dificultad en determinar legalmente la instigación y la complicidad. Los problemas aparecen cuando hay que darle contenido a esos fríos y estáticos conceptos legales, y además, cuando se quiere condicionar estos con el principio de accesoriedad de la participación, especialmente en su dimensión interna: el hecho principal debe haber alcanzo antijuricidad y dolo.

### 5.5. La accesoriedad limitada y sus consecuencias dogmáticas para el título de imputación: ¿Unidad o ruptura del título de imputación?

Los delitos especiales propios son aquellos en los que la posibilidad de ser autor está limitada a determinadas personas en razón a una particular función o calidad. El principio de accesoriedad es más intenso que en los casos de delitos comunes, por cuanto la punibilidad del partícipe no solo depende de que el autor cometa o intente el hecho principal, sino además, de que ese autor revista la calidad particular exigida por el tipo penal. Y es justamente en relación de los delitos especiales propios que, a efectos de la calificación

(435) Voto del Dr. Piombo, sin disidencias. TCas. Pen. De Buenos Aires, sala I, 13-11-2003, "R.,G. S/Recurso de casación", P 2929, RSD-916-3 S, Juba B3256094.

(436) Ccrim. Catamarca, 2ª Nom, 1998/02/27, "Luque, Guillermo D. Otro".

típica de la conducta principal del "autor" y de la conducta accesoria del cómplice rige lo que la doctrina penal ha denominado la teoría de la unidad del título de la imputación(437).

Sobre esta base de sostener un título de imputación unitario para autor y partícipe, implica la punición del partícipe por la misma figura delictiva que realiza el autor, esto es, que se aplicará a ambos el mismo tipo penal. Asimismo, Gómez Méndez y Gómez Pavajean señalan que: "(…) la responsabilidad del partícipe debe venir determinada por la calificación que reciba el hecho en el autor principal, es decir, se debe respetar lo que Fierro ha denominado principio de 'identidad del tipo', al reclamar que las distintas conductas típicas y no típicas deben apuntar a algo jurídicamente unitario"(438). "Así, según la tesis de la unidad del título de imputación, si el dominio del hecho fue detentado por el *intraneus* y el *extraneus* intervino prestando un auxilio doloso, este último será partícipe del delito especial perpetrado por aquel"(439).

En suma, como sostiene Olaizola Nogales, la calificación jurídica que reciba el hecho del autor, determinará el tipo por el cual será sancionado el partícipe: "La accesoriedad limitada produce (...) un efecto positivo que significa que el hecho del autor posibilita el castigo del partícipe y, sobre todo, determina el tipo por el que se castiga al partícipe, ya que este será en principio el mismo que haya cometido el autor"(440). De la misma opinión son Gómez Méndez y Gómez Pavajean cuando precisan que: "En concreto, pues, mantener la unidad de imputación supone que la responsabilidad del partícipe debe venir determinada por al calificación que reciba el autor del hecho principal, es decir se debe respetar lo que Fierro ha denominado principio de 'identidad del tipo', al reclamar que las distintas conductas típicas y no típicas deben apuntar a algo jurídicamente unitario"(441).

(437) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano.* Lima, 2001, p. 50: "La base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir siendo la de la 'unidad del título de imputación'. Los partidarios de la teoría de unidad del título de imputación admiten la sanción del *extraneus* como partícipe del delito especial, sea propio o impropio, cometido por el autor *intraneus.* Esta posición se apoya en la vigencia del principio de accesoriedad limitada de la participación respecto de la autoría, a la par que se reconoce que la incomunicabilidad prevista en el artículo 26 del Código Penal únicamente opera frente a las circunstancias modificativas de responsabilidad, más no ante las que fundamental el injusto.

(438) GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAN, Carlos Arturo. *Delitos contra la Administración Pública.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 111.
*a Delinquir.* Lima, 2002, p. 273.

(439) SAN MARTÍN CASTRO, César et ál. Ob. cit., p. 274.

(440) OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho.* Valencia, 1999, p. 176.

(441) GÓMEZ MÉNDEZ, Alonso y GÓMEZ PAVAJEAN, Carlos. *Delitos contra la Administración Pública.* Ob. cit., p. 111.

Fierro confirma las opiniones anteriores y sostiene que las contribuciones a la comisión del delito deben converger en una unidad, la cual enlaza las conductas del autor con las del partícipe: "(...) diversos aportes deben converger en la consumación de un hecho delictivo común. Ello no significa descartar; en modo alguno, la participación en un concurso de delitos, pues puede haber varios hechos punibles con concurrencia de aportes, sino que lo que se quiere destacar es que las contribuciones deben converger a una unidad, a una acción típicamente antijurídica determinada, o a varias"(442).

El efecto del principio de accesoriedad de la participación criminal también tiene que ser extensible si en el autor se ha visto supuestos de concurso aparente de leyes. Así, ejemplo, el principio de la subsidiaridad, especialidad, consunción o la alternatividad como principios del concurso aparente de leyes también son extendibles para los casos de la participación criminal. En tal sentido, la aplicación del principio de subsidiaridad (expreso o implícito) como una de las reglas del concurso aparente de delitos, tiene como efecto inmediato resolver el conflicto de leyes penales "aparente", de tal forma que solo nos quedamos con un solo hecho punible. Por ejemplo: si se sanciona por el delito de cohecho (propio e impropio) ya no puede sancionarse simultáneamente por el delito de enriquecimiento ilícito.

El delito desplazado en este caso sería el de enriquecimiento ilícito por ser un delito de sospecha. Este desplazamiento de los tipos penales también implica –necesariamente– un desplazamiento en el nivel de la autoría, ya que resulta obvio de que si se excluye el delito (conducta típica y resultado típico) por lógica razón, debe excluirse todos los títulos de imputación que recaen en dicho delito. Siguiendo con este análisis, si la participación criminal es dependiente (accesoria) de la autoría, también debemos concluir que no puede imputarse ningún tipo de responsabilidad al partícipe si se ha desplazado al autor, por aplicación del principio de subsidiaridad. En caso contrario, no solo se violenta el principio de accesoriedad como fundamento de la participación criminal sino las formas ampliadas de la tipicidad penal. La subsidiariedad como forma de exclusión del conflicto aparente de delitos, también está supeditada a las reglas de la accesoriedad en la participación criminal. En ese sentido, si no hay autor del delito imputado (producto del desplazamiento por subsidiariedad), tampoco habrá participación criminal posible (producto de la accesoriedad).

(442) FIERRO, Guillermo. Ob. cit., p. 61.

En suma, pues, aceptar que los actos de participación de los particulares (en estos delitos especiales) asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público implicaría hacer una doble tipificación con base en un supuesto de hecho ilícito y, por lo tanto, doble aplicación de leyes de naturaleza penal. Esto supone un concurso de tipos penales (especial y común) que satisfaga la tesis de la complicidad como hecho principal paralelo a la autoría del sujeto cualificado; sin embargo, no siempre sería factible de concreción posible y plausible lo que dejaría en la impunidad a muchos casos de participación.

### 5.6. La imposición de una interpretación restrictiva en la participación cuando el delito cometido por el autor es un delito de mera actividad o de delito de peligro abstracto

La aplicación de la participación criminal en un delito de mera actividad y de peligro abstracto debe hacerse respetando algunos parámetros que ha impuesto la hermenéutica jurídico-penal. No es lo mismo participar en un delito de resultado lesivo, que en un delito de peligro concreto, o de un delito de peligro abstracto. Si estamos diciendo que la participación es accesoria a la autoría, esta dependencia también debe estar en función a la **estructura típica** que cometa el autor. Esta dependencia en la estructura típica está ligada de alguna manera a la accesoriedad cuantitativa, ya que ella tiene como objetivo precisar el límite mínimo punible –para el partícipe– en la ejecución delictiva (tentativa), y dicho límite necesariamente está en función a la estructura típica-legislativa de cada delito. No es lo mismo dar inicio a la ejecución de un delito comisivo con medios determinados, que a un delito omisivo propio o impropio, o un delito de mera actividad o de peligro concreto "colectivo" o "personal"; y obviamente esto tendrá importantes consecuencias en la participación criminal, ya que esta no es más que una "ampliación" de la tipicidad del autor.

Si estamos ante un delito de mera actividad, su alejamiento a la afectiva lesión del bien jurídico penal se hace mucho más evidente. Es decir, el autor del delito de cohecho pasivo, como delito de peligro abstracto, está en una misma línea de ataque, pero "lejana" del bien jurídico "administración pública". En ese sentido, los actos de asistencia de terceros (complicidad) en el hecho del autor doloso deben **interpretarse restrictivamente**, ya que la complicidad (secundaria) está en una lesión "mediata", pues si el autor del delito ya está en lejanía del bien jurídico, con mucho mayor razón lo está el cómplice que ya de por sí se encuentra en una posición "mediata", pero "lejana" del bien jurídico "administración pública".

En otras palabras, si el ilícito cometido es un delito de peligro con características de adelantamiento y extensión de la punibilidad, y la complicidad (secundaria) es también una extensión de la punibilidad, por lo que debemos concluir que en este caso debe ser objeto de una **interpretación restrictiva**. La interpretación restrictiva supone que se restrinja su aplicación solo a aquellos casos verdaderamente merecedores de pena. Una interpretación que no tenga estas características conllevaría a la vulneración del principio de lesividad previsto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal y del principio del Derecho Penal como última ratio.

## IV. Las consecuencias de carácter procesal derivadas del principio de accesoriedad

Cuando no se ha respetado la relación de dependencia de un partícipe en función al autor, no solamente se ha violado el principio de accesoriedad, sino que también se han violado otros aspectos que tienen que ver con el Derecho Procesal Penal. Así, a nuestro criterio, se violaría el principio de verdad material que debe regir a todo proceso penal(443). La verdad histórica es un acontecimiento fáctico que no puede ser alterado ni modificado. Muñoz Conde dice: "La búsqueda de la verdad material sigue y seguirá siendo el objetivo principal del proceso, en tanto se trata de la determinación de hechos de fácil constatación empírica"(444). Esto es, la realidad histórica del autor del delito debe ser la misma realidad histórica que el partícipe, porque si es otra realidad histórica

(443) Cuando se acusa sustancialmente a una persona como autor de un delito y luego a su partícipe se le acusa sustancialmente sobre hechos distintos por lo que fue acusado su autor, se viola el principio de unidad del Ministerio Público. Este principio lo que busca es la unificación de criterios y modos de actuación y proceder en la función fiscal, por lo que su inobservancia reviste una infracción al principio de unidad, el cual a decir de SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, 2004, p. 137: "(...) busca la unificación de criterios y modos de actuación y proceder en la función Fiscal". Como es sabido, la función del Ministerio Público es la de conducir desde su inicio la investigación del delito, también la dirección jurídico-funcional de la Policía judicial y de promoción de la acción penal, de oficio o a petición de parte (artículo 159. 4 y 5 de la Constitución Política). Además tiene el deber de la carga de la prueba. El artículo 14, sobre la carga de la prueba, de la LOMP señala que: "Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie. Los jueces y demás funcionarios públicos, sin perjuicio de las atribuciones que al respecto les otorga la ley, citarán oportunamente, bajo responsabilidad, al fiscal que actúe en el proceso de que conocen a sus diligencias fundamentales y a las de actuación de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes u ordenadas de oficio. También será notificado dicho fiscal con las resoluciones que se expidan en el proceso, bajo pena de nulidad".

(444) MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires, 2003, p. 107.

la del cómplice con relación a los hechos del autor, el cómplice debe ser juzgado en otro proceso penal, bajo otra modalidad delictiva.

Ahora bien, la pregunta que cabe hacerse serían las siguientes: ¿Hasta cuándo debe respetarse procesalmente hablando el principio de accesoriedad del partícipe en relación al hecho principal realizado por el autor? En otras palabras: ¿Es lo mismo hablar del principio de accesoriedad en términos sustantivos y en términos procesales? En principio habrá que decir que la **forma de sujeción** que debe existir entre la actividad de colaboración del partícipe hacia el autor principal es que no debe establecer de forma rígida, o al menos debería de replantearse la fórmula de la accesoriedad. Es decir, el principio de accesoriedad no solo condiciona la punición de conductas secundarias a la presencia de una conducta principal, sino que previamente, y para lograr tal jerarquización, se ve obligada a precisar a partir de qué nivel dogmático de implicación en el hecho delictivo se puede hablar ya de autor. En las siguientes líneas abordaremos algunos puntos de estas cuestiones, y advirtiendo que como la accesoriedad es un concepto referencial ya que nace y subsiste en la medida en que exista un hecho principal, que vendría a ser el autor.

Una primera hipótesis es que la fórmula de sujeción del partícipe (cómplice-instigador) con relación a la actividad del autor principal no tiene un correlativo en el proceso penal. Si bien existe un artículo 26 en el Código Penal peruano que establece textualmente que las "circunstancias personales que afectan la responsabilidad no se transfiere hacia los otros intervinientes", como en el caso de las causas de extinción de la acción penal y de la pena, que son circunstancias personales que solo deben afectar a quien o a quienes son beneficiarios directos con tal causal de extinción. De tal forma, que si existe un autor conocido y presente y durante la tramitación del proceso penal fallece, esta circunstancia personalísima no puede "beneficiar" a los otros coimputados por ese mismo delito, por más que estos sean procesados a título de partícipes, ya que bien podrían alegar que bajo el amparo del principio de accesoriedad, al haberse extinguido el autor del hecho investigado, debería también extinguirse la participación criminal.

Lo que debe tratar de evitarse es que el principio de accesoriedad cumpla un papel de obstaculizador de las finalidades jurídico-procesales: la búsqueda de la verdad material y la aplicación de la ley penal. Solo cuando el principio de accesoriedad –y con ello todo el arsenal dogmático-conceptual– haya alcanzado un cierto grado de armonización y coherencia con los intereses y finalidades jurídico-procesales, entonces, podemos decir que la "justicia penal" ha llegado a la cúspide del desarrollo.

En el ámbito del Derecho Procesal Penal todos los sujetos imputados ingresan por algún delito al proceso penal, de manera que aquí, en principio, el principio de accesoriedad cumple una función relativa. Sin embargo, con la modificatoria que hubo del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales se exige legalmente que el juzgador –y por ende también el fiscal– advierta los grados de intervención y colaboración de los distintos sujetos imputados en el evento criminal ya en la etapa inicial del proceso penal, es decir, decidir quiénes son autores y quiénes son partícipes del delito, cuando esto generalmente se decidía en instancias finales o intermedias del proceso penal, con el acopio de información recabado durante el procesamiento penal. En tal sentido, solo un adecuado conocimiento de los pormenores de los fundamentos de la teoría de la participación criminal, en instancias postulatorias del proceso penal, como es la teoría de la accesoriedad permitirá al operador jurídico obtener un perfecto grado de intervención de los sujetos imputados.

Si se procesó solo a un partícipe porque el autor está prófugo tiene que proseguirse con las investigaciones, ya que el proceso penal tiene la finalidad de buscar la verdad material y aplicar la ley penal. Y si el aporte en términos procesales del partícipe (cómplice o instigador) resulta fundamental para el esclarecimiento de los hechos criminales y por ende encontrar la verdad material, entonces debe seguirse, aun cuando no se respete estrictamente el principio de accesoriedad del partícipe con respecto al hecho principal. Básicamente, el principio de accesoriedad sirve para "descartar" alguna intervención con aquellas personas que no poseen el dominio del curso causal de los hechos. En el Derecho Penal se nos ha enseñado que el partícipe solo existe en la medida en que exista el autor, ya que aquella –por el fundamento de la accesoriedad– es un concepto referencial.

Sin embargo, como hemos dicho, en el Derecho adjetivo puede existir un procesamiento penal a un partícipe sin que el autor se encuentre presente en el proceso. La pregunta sería, ¿se puede llegar a condenar a un partícipe cuando todavía no aparezca o no es habido el autor o autores? Si somos estrictos con el principio de accesoriedad diremos que no cabría sanción penal alguna a un partícipe cuando ni sabemos si existe un autor al cual le tiene que servir de referencia. No puede ni debe existir un título de imputación por participación cuando no existe un autor principal. Entonces, sustantivamente encontramos un escollo insalvable al que definitivamente debemos encontrar algún tipo de solución.

A mi juicio, debería **relativizarse** el principio de accesoriedad cuando procesalmente un partícipe es encontrado responsable de los hechos que se le viene investigando y juzgando, y cuando no hay autor cierto ni presente. Solo

de esta manera el proceso penal –y con ello el sistema penal– cumpliría su rol de hacer justicia penal de acuerdo a límites de racionalidad. La accesoriedad –dice Sánchez Mercado– "(…) se reduce a una exigencia de existencia óptica, medular en la práctica pues en contra de lo creído por un sector judicial, no es necesario procesar antes al autor, pues ello implicaría invitar a los partícipes a matar a sus autores para ganar la impunidad. Se confunde aquí la simple existencia óptica con la documentación oficial de esta"(445). Más adelante agrega que: "El axioma 'lo accesorio sigue la suerte de lo principal' solo sería aplicable en toda su extensión si se tratara de una accesoriedad absoluta, mientras que en nuestro Derecho Penal se trata muy por el contrario de una accesoriedad recortada, tanto a la fase del *iter criminis* o al aspecto interno de los hechos"(446).

Procesalmente, una cosa es la existencia de un "autor" y otra es la existencia de un "delito" que es cometido precisamente por dicho autor. Si nos ponemos en el supuesto de que solo se ha encontrado procesalmente al partícipe de ese delito, y no al autor, por estar por ejemplo prófugo, la accesoriedad del partícipe como que pierde fundamento porque literalmente queda en el "aire". Empero, otra cosa es cuando se ha abierto un proceso penal a una persona a título de participación (cómplice o instigación) cuando en realidad de acuerdo a las investigaciones logradas hasta ese estadio procesal se ha llegado a la conclusión de que no existe el delito ni el autor principal de ese delito. En este supuesto, no existe la comisión delictiva del delito que supuestamente se le imputa al autor o partícipe(447).

(445) SÁNCHEZ MERCADO. "Punibilidad de la participación criminal y la ruptura del título de imputación y de la unidad del procedimiento", ob. cit., p. 195.

(446) Ibídem, p. 198.

(447) La existencia del delito es uno de los objetivos fundamentales de toda investigación penal, así lo expresa el artículo 72 del C de PP: "La instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles". De la misma manera el artículo 77 del Código de Procedimientos penales señala que "Recibida la denuncia y sus recaudos, el juez Especializado en lo Penal solo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito". En consecuencia, sino se ha probado la existencia del delito, el derecho positivo ha establecido ciertas reglas, y son las siguientes: el Código de Procedimientos penales en el artículo 202 expresa lo siguiente: No estando comprobada la existencia del delito, el archivamiento tendrá carácter definitivo". Como es sabido, la acreditación certera de la comisión del delito –en este caso de rebelión– resulta ser el presupuesto ineludible para pasar a juicio oral. La acreditación del delito responde a una lógica consecuencia, ya que solo se puede considerar que un supuesto de hecho encaja en un caso penal, solo si el supuesto de hecho tiene subsunción en un tipo penal. Habrá que hacer una advertencia, en la medida en que la existencia del delito no solo está referida a la tipicidad de la conducta, sino también a la antijuricidad y culpabilidad del sujeto, ya que si hay, por ejemplo, una causa de justificación o de inculpabilidad tampoco habrá delito, por más que haya tipicidad.

Si no hay "comisión" delictiva mucho menos puede haber "vinculación" a los intervinientes(448).

Si bien postulamos por una relativización del principio de accesoriedad del partícipe con respecto al autor, tampoco hay que postular su total aniquilación, ya que al no haber ni delito cometido ni autor cierto, ¿de qué accesoriedad estamos hablando? No puede abrirse un proceso penal diciendo "Juan Pérez es partícipe de los hechos que se viene investigando", cuando de los primeros recaudos de la investigación preliminar se sabe en forma presunta que no existe autor cierto y ni siquiera la comisión del delito investigado. Como se sabe, el principio de accesoriedad tiene como base dos clases: 1) la cuantitativa, que tiene que ver con la forma de ejecución del delito, que en otras palabras está supeditada a la "existencia –hasta las actos ejecutivos– del delito, y al no haber delito de qué accesoriedad hablamos; y lo mismo sucede con 2) la cualitativa, que tiene ver con los grados de análisis en la teoría del delito que debe alcanzar el autor (accesoriedad limitada). A mi juicio, el proceso penal debe archivarse.

En el proceso penal se le llama "imputado" a aquella persona que se le asigna una responsabilidad de tipo jurídico-penal. Se le imputa un hecho delictivo presuntamente cometido por esa persona. En cambio, en el derecho material se le llama autor a aquella persona que tiene el dominio del hecho y que por sí solo, por medio de otro, o lo realizan conjuntamente cometen un delito, y se les llama partícipes (instigadores y cómplices) a aquellas personas que sin tener dominio del hecho, pero sí un grado de accesoriedad con respecto al autor intervienen en el delito.

Al parecer tanto en el Derecho Procesal como en el Derecho material bajo un mismo supuesto fáctico (sujetos que intervienen en un mismo evento criminal) tendrían distintos pareceres y fundamentos, cuando en realidad lo que debe primar es una secuencia armónica entre ambos saberes jurídicos cuando

(448) Una vez probada la existencia del delito, como segundo paso se tiene que acreditar que los hechos tienen vinculación con el imputado (como autor o partícipe). Así lo ha establecido el artículo 77 del Código de Procedimientos penales, que señala: "Recibida la denuncia y sus recaudos, el juez especializado en lo Penal solo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe". Asimismo, en el Código Procesal Penal, en cuanto a los requisitos de la prisión preventiva (artículo 135 inciso 1 del Código Penal) también se exige una vinculación del hecho con el sujeto: "Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo". En consecuencia, el Código de Procedimientos Penales en el artículo 202 expresa lo siguiente: "Si está comprobada la existencia del delito pero no la responsabilidad del inculpado, se declarará no haber lugar a juicio respecto a este y se archivará provisionalmente el proceso.

tienen que regular un mismo supuesto o fenómeno. "Autor-partícipe-imputado" están o deben estar en una misma línea de análisis jurídico, ya que quien es considerado al inicio como **autor directo**, luego va a ser considerado **imputado** en el proceso penal, y cuando se le asigne finalmente una sentencia condenatoria es porque fue autor de un determinado delito.

A nuestro entender una de las consecuencias jurídico-procesales más relevantes que se deriva del principio sustantivo de la accesoriedad –ya sea cuantitativa y cualitativa– es que a nivel procesal tanto los actos de investigación como los actos de prueba deben ser llevados bajo un mismo fuero judicial, y con ello resguardar el principio de la **unidad del proceso penal**(449). La accesoriedad de la participación criminal debe responder, entonces, a una sola unidad procesal junto obviamente a la conducta del autor del delito imputado. Es decir, tanto el autor y el partícipe deben responder no solamente a una unidad sustantiva (unidad del título de imputación), sino también a una unidad procesal (unidad del proceso penal), a un mismo objeto de investigación y juzgamiento. La jurisprudencia penal ha ido más lejos aun cuando ha sostenido que no cabe abrir instrucción a un cómplice si no existe un proceso en contra del autor; esa es la línea que ha asumido la Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 13 de noviembre de 1998. Exp. Nº 8741-97 que señala:

(449) Según SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Lima, 2003, p. 414, son cuatro las características centrales del objeto del proceso penal:
1. La incoación del proceso penal requiere la determinación de un hecho concreto que prima facie tenga los caracteres de un delito. Por ello es que, inicialmente y en vía de preparación de la pretensión, se pida al fiscal que precise la conducta incriminada y, luego, al juez que detalle los contornos fácticos de la imputación y su calificación jurídico-penal. A partir de la resolución judicial se va formando la pretensión que se definirá en la acusación, donde la precisión fáctica y jurídica es más rigurosa, que se coronará en el auto de enjuiciamiento. Es de reiterar que el objeto del proceso se va conformando progresivamente.
2. En principio, el objeto del proceso penal es inmutable. Ello significa que definido el objeto del proceso no puede cambiarse ni eliminarse, pues tiene que desarrollarse hasta el final, lo que no significa que pueda ampliarse (incluyendo otro tipo penal o nuevos hechos), a decir nuestro, siempre y cuando exista de por medio una denuncia fiscal ampliatoria y subsiguiente auto ampliatorio de instrucción.
3. El objeto del proceso es también indisponible. En los delitos públicos no cabe desistimiento o transacción de la víctima. Las partes, en concreto el fiscal, no pueden dejar de perseguir un delito ni evitar la acusación si existen fundamentos materiales para ello. Un supuesto de excepción se da no solo en los delitos privados sino también en los casos de terminación anticipada, oportunidad y colaboración eficaz.
4. El objeto del proceso es indivisible. Lo es tanto desde un punto de vista fáctico, pues el hecho comprende todos los actos preparatorios, accesorios, particulares o posteriores, como el jurídico, pues el proceso considera el hecho desde todos los puntos de vista posibles.

"Siendo que la complicidad es una institución jurídica íntimamente vinculada a la autoría, la apertura de instrucción solo resultaría procedente si se acredita que el presunto autor se encuentra procesado por delito"[450].

Sin embargo, se rompe la unidad del procedimiento en caso de:

- Proceso penal contra altos funcionarios públicos con derecho de antejuicio político y proceso contra sus partícipes no funcionarios públicos.
- Proceso penal contra menores autores y proceso contra adultos partícipes.
- Proceso penal contra autores del fuero militar y partícipes del fuero común.

## V. Algunas conclusiones

Las conclusiones son las siguientes:

1. El Código Penal sigue un criterio diferenciador de autoría y participación, y que dicho sistema –frente al sistema unitario de autoría– se caracteriza por distinguir dos grandes categorías de intervención criminal: en primer lugar, están las formas de intervención de carácter principal y que además tienen autonomía (la autoría); en segundo lugar, están las formas de intervención secundarias y dependientes del hecho principal (la participación). El concepto de accesoriedad es un concepto que si bien no tiene una regulación expresa en la parte general de los códigos penales, es un referente de tipo jurídico-dogmático que sustenta toda la institución de la participación criminal. Según la noción restrictiva de autor, este solo realiza la acción típica, y las normas que rigen la participación tienen el carácter de normas extensivas de la punibilidad, lógicamente distinta de la del autor. Por lo tanto, no puede ser comprendida por la norma incriminatoria principal, sino que requiere la existencia de una norma secundaria, que viene o extiende la esfera de influencia de la conducta principal, que es el autor.

2. Cabe decir que nuestro Código Penal asume la tesis de la accesoriedad de la participación criminal y la teoría del dominio del hecho para la autoría, de lo cual se deriva que toda complicidad y la instigación es dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia. La participación tiene carácter accesorio porque presupone tomar

(450) BACA CABRERA, ROJAS VARGAS y NEIRA HUAMÁN. *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*. Lima, 1999, p. 663.

parte en un hecho ajeno y requiere ser analizada en dos sentidos diferentes: desde el punto de vista del grado de realización que debe haber alcanzado el hecho principal, por un lado y, desde la óptica de los elementos del hecho punible que se deben dar en el hecho principal, es en este último punto donde se encuentra la accesoriedad limitada (hecho principal típico –doloso– y antijurídico).

3. Como hemos dicho, la actividad del autor sería la principal y la del partícipe la accesoria, y para llevar a cabo la mencionada distinción debe tenerse en consideración los siguientes principios(451):

   - En primer término debe regir el **principio de accesoriedad** conforme al cual la existencia del hecho accesorio (y de la participación) depende de la existencia del hecho principal (del hecho del autor).

   - En segundo lugar, debe regir, para efectos de la determinación judicial de la pena, el **principio de proporcionalidad** atendiendo a la contribución del hecho, al partícipe tendría que corresponderle menor pena. Debe tenerse en consideración los criterios previstos en los artículos 45 y 46 del Código Penal peruano.

   - Por último, debe tenerse en cuenta el **principio de imputación individual**(452).

(451) Seguimos en este punto a BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid, 1997, p. 161.

(452) El principio de imputación individual puede entenderse en la teoría de la codelincuencia de la siguiente manera: Por ejemplo, la "sociedad conyugal" si bien es una comunidad jurídica del Derecho Civil, no implica una comunidad de responsabilidades de título penal. La asignación de una sociedad conyugal no significa una responsabilidad a título de coautoría ni participación de uno de sus consortes. Una sociedad de gananciales si bien es cierto es una comunidad de derechos y obligaciones en el ámbito jurídico-civil, también es cierto que dicha sociedad no es una comunidad de responsabilidades en el ámbito jurídico-penal. El hecho simplemente de pertenecer al régimen económico de la sociedad de gananciales, y que bajo dicho régimen uno sería corresponsable penalmente de todos los hechos punibles que realice –dolosa o imprudentemente– el otro cónyuge, constituye una aberración jurídica. Más o menos sería el caso de querer procesar y sancionar, en nuestro Derecho Penal, a todos los integrantes (trabajadores, accionistas, ejecutivos, etc.) de una persona jurídica, simplemente por el hecho de pertenecer a dicha agrupación. Sería violentar los principios fundamentales básicos del Derecho Penal liberal, como la responsabilidad personal y subjetiva. Eso sería caer en una responsabilidad, primero "colectiva" y segundo, en una responsabilidad "objetiva". Es muy claro el Título Preliminar en su artículo VII cuando prescribe que: "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva". Por otro lado, si bien el primer párrafo del artículo 310 del Código Civil prevé que son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor. Finalmente, según lo estipulado por el artículo primero del artículo 311 del citado Código, todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario. Hay que establecer que si bien en Derecho Civil se presume que

4. El delito puede ser imputado a los distintos intervinientes en su realización, el mismo que debe ser igual para todos (principio de la unidad del título de imputación), pero la responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor (principio de accesoriedad de la participación). Si no existe un hecho por lo menos típico y antijurídico (injusto) cometido por alguien como autor, no hay participación (accesoriedad limitada). Desde el punto de vista del principio de legalidad, resulta insostenible la accesoriedad mínima, porque no puede castigarse a un partícipe cuando el autor no ha realizado un hecho antijurídico. Desde el punto de vista del principio de culpabilidad (es decir, cada uno debe responder por su propio hecho y por su propia responsabilidad) no puede agravarse la responsabilidad del partícipe por circunstancias que no concurran en él y solo en el autor (hiperaccesoriedad).

5. Los cómplices o instigadores que en un primer momento solo coadyuvan a la realización de un hecho típico que viene realizando el autor, serán partícipes, pero si durante la ejecución del hecho típico uno de los partícipes tiene un protagonismo relevante, es decir, adquiere un dominio (de acción o funcional) del hecho, entonces deja de ser partícipe para convertirse en autor. Ahora, el tema es que según la redacción de varios códigos penales (como el de Perú –artículo 25 primera parte– que todavía conserva la figura del cómplice primario o necesario), la diferencia entre un autor (coautor) y un partícipe (cómplice necesario) es casi nula, ya que si la actuación del cómplice necesario es de tal impacto en el evento criminal que sin su intervención el hecho no se hubiera realizado, entonces, el partícipe tiene "aires" de autor. Siempre el aporte de un cómplice necesario será fundamental en la realización del evento criminal. Entonces, deja de ser aporte accesorio para ser un aporte fundamental al hecho, por que sino, el Código Penal peruano no dijese "(…) sin la cual no se hubiera realizado el resultado (…)". En todo caso, no se hablaría de una accesoriedad de tipo dependiente sino de tipo condicionante, es decir, que sin perder el punto de vista de la ausencia en todos los casos de un dominio efectivo del hecho del partícipe, la intervención del cómplice necesario es condición para la realización del hecho del autor.

6. En definitiva, tenemos que hacernos la siguiente interrogante: ¿Existe la autoaccesoriedad del partícipe en nuestro Derecho Penal?; en otras palabras: ¿existe por sí sola la participación? A mi entender, no existe la autoaccesoriedad del partícipe criminal porque esta concepción tiene que estar referida necesariamente a un hecho realizado por el autor. Por sí misma, la actuación del

son bienes sociales las ganancias que uno de los cónyuges haya adquirido por su trabajo, esto no quiere decir que la vía del Derecho Penal sea así. La responsabilidad en el Derecho Penal es individual.

partícipe no tiene asidero jurídico-penal, por estas consideraciones no se permite la auto-dependencia del partícipe. En todo caso, lo que sí se permite en nuestro sistema es lo que podría denominarse la **heterodependencia del partícipe**, es decir, que la conducta del partícipe está en función a la actuación de un tercero, que es la del autor.

7. Si bien a nivel del Derecho sustantivo se percibe un cierto consenso por la teoría de la unidad del título de imputación ("unidad del hecho imputado"); también es cierto que en el Derecho Procesal debe admitirse, si el caso lo amerita, una cierta ruptura del proceso penal ("ruptura del proceso por la calidad de las personas juzgadas"). Por lo tanto, el hecho de que las personas sean juzgadas en fueros distintos, no quiere decir que en el ámbito del Derecho sustantivo, se adhieran a la ruptura de la imputación, ya que a mi juicio, debería de conservarse –aun cuando sean juzgados en fueros distintos– la teoría de la unidad del título de imputación.

## VI. Tesis de la autonomía de la participación delictiva o del injusto único de intervención

En la doctrina jurídico-penal tradicional o clásica se ha entendido que los partícipes, es decir, tanto cómplices como inductores, tienen solamente carácter subsidiario con relación a la actuación de los autores (directos, mediatos, coautores), pues estos últimos tienen el verdadero control del curso causal de los hechos. La "participación" es "participación en la conducta del autor", que puede tener la forma de instigación (cuando se induce a alguien a la comisión de un injusto o de un delito) o de **complicidad** (cuando se coopera con alguien en su conducta delictiva)"[453].

Es decir, que la única forma en que los partícipes pueden acceder a la realización de la conducta típica es mediante un hecho principal, pues la lesión o riesgo del bien jurídico se da por "medio" de los autores. Esto viene desde la concepción diferenciada de la autoría en su versión objetiva-formal, en la cual se decía que solo los autores podían realizar la conducta descrita en el

(453) Este sentido puede verse: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 1990, p. 567. En similar sentido: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2002, pp. 410-411: "El castigo de los partícipes es posible en la medida que la ley lo establezca con reglas determinadas, pues, a diferencia de lo que sucede con la autoría, la participación no puede castigarse por el camino de la subsunción en el tipo, por la sencilla razón de que **el partícipe no realiza el tipo**. La punición es posible debido a un extensión en el ámbito de las personas responsables, por lo que no se puede concebir la existencia de partícipes si no hay autores".

tipo penal. Luego se ha sostenido aquella posición de corte finalista de la acción (de Hans Welzel) que sigue gran parte de nuestros juristas y por nuestros Tribunales Judiciales, en la cual los autores tienen y poseen el respectivo dominio del hecho y, por el contrario, los partícipes, tienen carácter solo accesorio de los hechos, tanto en su versión cuantitativa como cualitativa.

En realidad, ¿el cómplice o el inductor no tienen ningún tipo de control sobre los hechos en los cuales están participando? Por ejemplo, en el caso de los sujetos que tienen pensado atracar a un banco, qué pasa si el denominado "campana" choca frontalmente de manera intencionada el vehículo donde iban todos los delincuentes, y por ello se frustra el plan criminal original; o en aquel otro caso donde el considerado cómplice logra sobrevivir de un accidente de tránsito y más bien el autor muere: ¿a quién vamos a castigar si ya no existe autor? Es posible que todavía se siga sosteniendo la tesis de la accesoriedad en la participación criminal, no obstante que la casuística demuestre todo lo contrario.

Actualmente, se está produciendo en la dogmática jurídico-penal de la autoría y participación algunos cambios relevantes, en el sentido de que la participación delictiva tiene carácter "autónomo" con relación a la autoría. También se le ha llamado teoría del injusto único de intervención delictiva, y como es sabido, esta postura doctrinal es sostenida por los partidarios del hecho punible de corte funcionalista sistémico-radical, propiciada inicialmente por el profesor Jakobs y el principal causante es la aplicación de la teoría de la imputación objetiva a la tipicidad de la conducta(454). Dicho de otra manera, y en

(454) Dicha integración se ha observado con la aplicación de la teoría de la imputación objetiva *de la conducta,* esta construcción teórica es un mecanismo que permite la concreción del principio de autorresponsabilidad en el análisis de la relevancia jurídico-penal de las conductas humanas, a través de sus conocidos subinstitutos: a) el riesgo permitido; b) la prohibición de regreso; c) el principio de confianza; d) la competencia de la víctima.
En este punto, vale la pena mencionar a FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Normativización del Derecho Penal y realidad social*. Bogotá, 2007, pp. 360-361, quien ha dicho, con relación a la integración de la imputación objetiva y la participación delictiva, lo siguiente: "Ello es así ya que pudiera ser que la mejor alternativa dogmática fuera en una línea más normativizadora asumir radicalmente la idea de que la teoría jurídica del delito más que una teoría de la acción como sustrato de la imputación, es una teoría de la imputación; es decir, una teoría de como la sociedad imputa delitos a personas, por lo que todos los elementos del delito (tipo objetivo, tipo subjetivo, injusto, culpabilidad) son elementos que se imputan y, en un ordenamiento que impone penas, ello lleva siempre implícito un desvalor. Utilizando la nomenclatura de Frisch, se trataría de que la conducta típica o la creación de un riesgo típico se imputa a una persona al igual que se imputa el resultado. A partir de esta idea habría que entender que las acciones delictivas no serían algo que se produce en un contexto social, sino solo artificios o artefactos atributivos o de imputación que produce el orden social. La perspectiva relevante pasa a ser así la del "macrosujeto" que imputa hechos delictivos e impone las penas correspondientes, ya que no importa el sentido que el hecho tenga para el que lo ha cometido, sino su significado para la sociedad

palabras de Guillermo Bringas, "el elemento protagónico y que constituye la piedra angular sobre la que descansa la teoría del injusto único de intervención delictiva es la imputación objetiva. Como se verá, gracias a este instituto dogmático, el entendimiento de las razones de la atribución de la responsabilidad jurídico-penal ha permitido determinar cómo y a quién imputar el injusto. Esto último constituye el aspecto nuclear en el tema de la intervención delictiva"(455). En todo caso, como afirma Sancinetti "La prohibición de regreso es un principio central de la teoría de la "imputación objetiva" actual, un principio que, sin embargo en contra de la opinión corriente, solo puede demostrar la **autonomía del ilícito de cada participante en el hecho conjunto**"(456).

---

(para el ordenamiento jurídico). Evidentemente este concepto de imputación ya no tiene nada que ver con la teoría tradicional de la imputación de la filosofía moral desde Aristóteles con su distinción para fundamentar la responsabilidad entre acciones voluntarias e involuntarias. El punto de vista de la teoría del delito, por la evidente influencia de las teorías funcionales, ha ido girando hacia el que imputa, es decir, la sociedad, por lo que la discusión sobre el concepto de acción ha perdido su relevancia (representativa, BACIGALUPO ZAPATER, 2003, p. 7; KINDHAUSER. Ob. cit., p. 77 y ss., especialmente, pp. 93-94; MIR PUIG. "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal". En: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la criminología*, p. 394), siendo lo decisivo conocer cuáles son las reglas de imputación conforme a las cuales la acción cobra relevancia comunicativa para el sistema jurídico. Todo ello representa mucho más que un mero cambio terminológico –aunque en algunos autores la utilización del término "imputación" no sea más que eso–, de tal manera que, en mi opinión, la teoría jurídica del delito se puede diferenciar radicalmente entre las tradicionales teorías de la acción y las modernas teorías de la imputación. La evolución actual de la teoría jurídica del delito viene marcada por esa distinción, siendo un giro dogmático que inició Roxin en los años sesenta y que todavía se encuentra en fase de desarrollo".

El mismo FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Normativización del Derecho Penal y realidad social*. Bogotá, 2007, p. 363: "La distinción entre las tradicionales teorías de la acción y las modernas teorías de la imputación se corresponde, en mi opinión, con lo que Robles Planas (ob. cit., pp. 144 y ss.) denomina en el ámbito de la teoría de la autoría y participación como "sistema de responsabilidad por la propia infracción de la norma" (teoría de la acción) y "sistema de responsabilidad por la intervención en el hecho" (teoría de la imputación). Como señala este autor, "en realidad, la diferencia entre ambos sistemas reside en que en el primero no se produce la objetivación del hecho, de manera que no cabe entender que se interviene en algo. En cambio, en un sistema de intervención, el hecho queda relativamente distanciado de las aportaciones particulares de cada sujeto. En un sistema de responsabilidad por la propia infracción de la norma el punto de mira no es el 'hecho típico', sino las infracciones individuales de las normas, de manera que cada sujeto solo puede ser 'autor' de su propia infracción. En este modelo teórico se está afirmando que cada infracción de la norma constituye un 'hecho' ya relevante para el Derecho Penal, pero esto supone renunciar a la perspectiva del tipo para decidir acerca de la relevancia penal de los 'actos'. Esto es, se está adoptando una perspectiva pretípica para definir la materia de prohibición penal (...) en un sistema de responsabilidad por la intervención, al otorgar al hecho relevancia como suceso con unidad de significado, cabe tomar parte en el mismo: cada sujeto responde por el hecho, si bien de manera distinta".

(455) Véase, en este sentido: GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. "Autoría y participación en la jurisprudencia del Tribunal constitucional. ¿Es necesaria una nueva teoría de la intervención?". En: *Anuario de Derecho Penal 2008. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, 2008.

(456) SANCINETTI, Marcelo. *Ilícito personal y participación*. Buenos Aires, 1997, p. 91 (el resaltado es mío). Este mismo autor agrega: "Precisamente por eso un mismo aporte físico puede ser típico o no serlo, según la position de quien lo rinde. Entonces, la prohibición de regreso (traslación) tiene una

Esta postura se remonta a los penalistas hegelianos del siglo XIX quienes recurrieron al concepto de "voluntad colectiva" para aludir al momento común en el que se unen las acciones de todos los intervinientes en el delito. Considera que el delito debe concebirse como obra común a todos los intervinientes punibles y la distinción entre autores y partícipes es tan solo una ordenación en función al grado de dominio que poseen los intervinientes, pues en alguna u otra medida todos configuran y dominan el hecho antijurídico.

La sistemática de la participación que nuestro Código Penal establece no resulta incompatible con un sistema que pregone un injusto único de participación, esto porque si bien el Código Penal prevé determinados comportamientos en la parte especial, reservando para la parte general las notas específicas de las distintas formas de intervención, a partir de ello no puede colegirse la necesaria existencia de un injusto de autor distinto al del partícipe. Ahora bien, cierto es también que atento al principio de legalidad, las formas de participación que contemplan los artículos 25 y 26 no hacen sino ampliar los tipos legales previstos en las disposiciones de la parte especial, sin embargo, esta ampliación no puede suponer una accesoriedad en términos de fundamentación del ulterior reproche, sino simplemente el reconocimiento de la posibilidad de actuación de personas distintas al autor en el suceso delictivo.

En otras palabras, desde la perspectiva del Derecho Penal material, específicamente nuestro Código Penal, en la parte general, contiene criterios jurídico-normativos de la participación criminal; así el artículo 24 para la instigación, y el artículo 25 para la complicidad; es decir, si una persona por ejemplo acepta dolosamente "ayudar" o "auxiliar" a otra persona a cometer un evento delictivo, en otras palabras, dicha persona estaría vulnerando una norma primaria específica, cual es "no ayudarás" a las personas para la comisión de delitos, y por esta circunstancia se sustentaría por sí solo el castigo del partícipe, aun cuando el autor, por cualquier razón, no pueda ser sometido a un proceso judicial o sanción punitiva.

De los planteamientos de Jakobs se desprenden dos consecuencias nuevas para la teoría de la participación delictiva. La primera, debido a que se imputa el mismo injusto como consecuencia de la organización conjunta de los intervinientes con sentido objetivamente delictivo, ya no se puede admitir como vigente –o, si se quiere, cuestionable– la accesoriedad cualitativa, según la cual la responsabilidad del partícipe depende del injusto de otro, del autor. La segunda

capacidad de rendimiento mucho mayor a la que se le atribuye: ella demuestra justamente la autonomía del ilícito de la participación, tanto en su dimensión interna como en la externa. La infracción de cada uno es propia, es como lo es siempre una toma de posición personal frente a la norma" (p. 90).

consecuencia es la indudable permanencia en este nuevo sistema de participación de la accesoriedad cuantitativa. La transición del hecho hasta el estadio de ejecución para la concreta determinación de un injusto punible resulta más que necesaria tanto para la imputación a los intervinientes, lo cual rige para todos los intervinientes, no solo para el cómplice o el inductor, como, evidentemente, también para el propio autor. Es que ya no se analiza cuándo un aporte de un individuo cobra relevancia penal, sino cuándo determinadas personas (colectivo) resultan competentes por un riesgo típico, el cual solo adquiere relevancia –para todo el colectivo– con el inicio de la ejecución del hecho(457).

En el contexto sudamericano, el profesor argentino Marcelo Sancinetti, ya desde la década de los noventa, venía sosteniendo la tesis de la autonomía interna como externa de la participación delictiva. En efecto, dicho autor señala que "Si la participación recibiera su tipicidad y antijuridicidad de la circunstancia de que cada uno es competente para responder por todo el ilícito –en términos tradicionales: de la circunstancia de que sea favorecido un hecho principal típico y antijurídico–; habría que afirmar que el partícipe actúa el mismo con dolo, ya cuando conoce que el autor principal cometerá un ilícito, por ejemplo, una tentativa inidónea (el fantasma de un hecho). Análogo a esto es el caso del cómplice que reconoce la situación de justificación que el autor principal no alcanza a ver(458).

Agrega Sancinetti: "Para que un imperativo dirigido personalmente al instigador y al cómplice tuviese sentido, él tendría que ser formulado con los elementos propios de la conducta del partícipe; es decir, para el instigador, prohibirá crear en otro la voluntad de realizar un hecho que a juicio del partícipe sea capaz de lesionar(459); para el cómplice, contribuir de cualquier otro modo a la realización de esa misma acción. ¿Cómo rezan, entonces, estos imperativos? Adelanta Sancinetti una formulación que es la siguiente:

> "Te prohíbo crear en otro la voluntad de realizar un hecho que consideres idóneo para afectar un objeto de bien jurídico (instigador);
>
> Te prohíbo colaborar en un hecho que realizara otro, que consideres idóneo para afectar un objeto de bien jurídico (cómplice)"(460).

(457) Véase, en este sentido: GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. "Autoría y participación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ¿Es necesaria una nueva teoría de la intervención?". En: *Anuario de Derecho Penal 2008. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, 2008.
(458) SANCINETTI, 1997, p. 64.
(459) Ibídem, p. 68.
(460) Ibídem, p. 69.

Según Sancinetti, "la autonomía del ilícito de la participación, tanto en su dimensión interna como en la externa, podría ser derivada ya como consecuencia lógica de algunos principios de la teoría de la imputación objetiva. En efecto, es una verdad recurrente, y especialmente en el sistema de Jakobs, que la prohibición de regreso (un principio capital de su formulación de la teoría de la imputación objetiva), es la contrapartida de la responsabilidad de un 'partícipe accesorio'"[461]. El principio la prohibición de regreso, por consiguiente, no tiene por qué ser entendido como el mero reverso de la accesoriedad de la participación, sino más bien como su negación, también para el caso de que el partícipe sí sea responsable. La llamada "prohibición de regreso" es más bien, por ende, una "prohibición de traslación". El principio reza: prohibido trasladar sin más el ilícito de "A" al ilícito de "B".

En el Perú podemos citar al profesor García Cavero, quien ha dicho con relación al tema planteado lo siguiente: "A nuestro entender, cuando varios sujetos toman parte en un delito no es correcto diferenciar, como hace la teoría de la participación como ataque accesorio al bien jurídico, entre un injusto del autor y un injusto del partícipe, sino que se trata de un solo injusto penal. El reconocimiento lógico de que cada interviniente responde por su aportación (autorresponsabilidad) no debe llevar necesariamente a la conclusión de que cada uno ha realizado un injusto propio. Es perfectamente posible, en términos conceptuales, entender que los distintos ámbitos de responsabilidad se funden en una expresión de sentido mancomunada. Esta unidad de sentido la da precisamente el hecho típicamente relevante"[462].

Asimismo, en nuestro país Reaño Peschiera, quien es partidario de la tesis de la autonomía (no accesoriedad) del injusto de participación respecto al injusto de autoría, ha señalado lo siguiente: "(…) se entiende que partícipes y autores realizan delitos independientes, de modo que cada uno debe responder por el injusto propio[463]. Agrega Reaño Peschiera que lo propio sería hablar de "delito de partícipe" y no de "participación en el delito", pues el comportamiento del partícipe, consistente en contribuir a la realización de un hecho **ajeno**, lesiona directamente un interés jurídico distinto del vulnerado por el autor"[464].

La solución que esboza el sistema de injusto único es que al pertenecer el hecho delictivo a todos los intervinientes, es decir, autores y partícipes, se supera

(461) SANCINETTI, 1997, p. 87.
(462) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General.* Juristas Editores, Lima, 2012, p. 703.
(463) REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Tres estudios de dogmática penal.* Lima, 2010, p. 105.
(464) Ibídem, p. 108.

con facilidad la principal crítica que se realiza a la accesoriedad, en tanto que cada uno de los intervinientes responderá por su respectivo aporte; y, al mismo tiempo, perteneciendo el suceso a todos ellos de forma mancomunada, no cabría hablar de autonomía respecto de cada contribución, con lo que se descarta una participación punible sin un hecho principal típico y antijurídico(465).

Para compatibilizar "accesoriedad" y "autorresponsabilidad" debe desterrarse la idea de que el partícipe contribuye a realizar un hecho ajeno, exclusivo del autor, pues el suceso lesivo pertenece a todos los intervinientes punibles, aunque en distinto grado de intensidad. Los aportes al evento delictivo no deben considerarse de modo aislado, como si cada sujeto realizara un injusto por separado, sino que deben valorarse conforme a una perspectiva global, que considere la existencia de un solo injusto al que acceden directamente todos los intervinientes(466).

En este punto, interesa resaltar que el único injusto típico existente en un suceso delictivo le pertenece tanto a autores como a partícipes; aunque estos últimos no hayan ejecutado de propia mano (en el plano físico-natural) el comportamiento descrito en el tipo penal de la parte especial del Código Penal, su realización le es imputada normativamente como propia, pues sin sus aportaciones el hecho no podría ser explicado de modo completo. Autores y partícipes únicamente se diferencian por su proximidad no físico-espacial al injusto típico objetivo; mientras que el autor aparece como el responsable más inmediato, el partícipe es visto de modo más lejano(467). Lo más interesante de la formulación del concepto de injusto único de participación es que la distinción entre autores y partícipes no formaría parte del análisis de tipicidad, sino como una cuestión básicamente de graduación de pena(468).

En mi opinión, la recepción –y por supuesto la aplicación– de la teoría de la autonomía de la participación criminal en nuestro sistema penal, no tiene reparo alguno, desde que el Código Penal peruano en el Capítulo IV del Libro Primero regula el tema de la "autoría y participación" sin adherirse expresamente a ninguna opción doctrinal-dogmática; en todo caso, la teoría de la accesoriedad de la participación criminal es lo que la doctrina y la jurisprudencia penal ha afirmado desde ya varios años, y prácticamente ha sido una

(465) MEZA FERNÁNDEZ, Carlos Daniel. "Intervención en el delito: La reformulación del principio de accesoriedad en la moderna teoría del sistema de injusto único de participación". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 42, Lima, diciembre de 2012, p. 121.

(466) REAÑO PESCHIERA, 2010, p. 110.

(467) Ibídem, p. 115.

(468) MEZA FERNÁNDEZ. "Intervención en el delito: La reformulación del principio de accesoriedad en la moderna teoría del sistema de injusto único de participación", p. 121.

"dogmática" en gran parte de Latinoamérica. En esta misma lógica, podemos afirmar, por ejemplo, que la teoría de la imputación objetiva ha tenido y tiene en nuestra doctrina penal y jurisprudencia penal peruana, sobre todo en los delitos culposos, una inusitada aplicación, y nadie ha dicho que es ilegal.

La autonomía de la participación delictiva no solo viene dada desde el ámbito jurídico-doctrinario, sino que en el Perú viene desde el propio ámbito del Código Penal. En efecto, en la parte especial, específicamente en el delito de tráfico ilícito de drogas se puede evidenciar descripciones típicas donde se sanciona conductas "facilitadoras" para la comisión de delitos. Una figura totalmente autónoma de la "instigación" –que es una modalidad de participación– se encuentra regulada en el artículo 113 (delito de instigación o ayuda al suicidio), bajo los siguientes términos: "El que **instiga** a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años (…). La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años, si el agente actuó por un móvil egoísta".

Así, el artículo 296-A tipifica el delito de comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva y señala: "El que promueve, **favorece**, financia, **facilita** o ejecuta actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somníferum* o marihuana de la especie *cannabis sativa* (…)". Asimismo el artículo 296-B, que tipifica el delito de tráfico ilícito de insumos químicos y productos, y señala: "El que importa, exporta, **fabrica**, produce, **prepara**, **elabora**, **transforma**, almacena, posee, transporta, adquiere, vende o de cualquier modo transfiere insumos químicos o productos, sin contar con las autorizaciones o certificaciones respectivas (…)". Por otro lado, en otro clasificador jurídico, en el artículo 303-A, se tipifica el delito de tráfico ilícito de migrantes, que señala lo siguiente: "El que promueve, **favorece**, financia o **facilita** la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener directa o indirectamente, lucro o cualquier otro beneficio para sí o para tercero (…)". En todo caso, podría decirse que el legislador peruano al tipificar conductas de participación está diciendo, en otras palabras, que no es necesario recurrir –como fórmulas ampliadas de tipicidad– a las normas de la parte general, sino que basta con aplicar directamente las normas de la parte especial para proceder a la sanción del cómplice (y en menor medida al inductor) que favorece la comisión del evento delictivo; y resalto, favorece solo a la comisión del hecho punible, y por dicha conducta es que será sancionado; su punición de la conducta facilitadora no está condicionado a la acción desplegada por el autor o coautores.

La teoría del injusto único de la intervención delictiva, en la realidad, siempre ha estado presente en los procesos judiciales penales, desde que el título de la imputación de las resoluciones fiscales y judiciales es solo una especie de cliché en los procesos penales, pues por ejemplo un cómplice primario cuando se le condena en realidad es porque ha tenido cierto grado de control sobre el curso causal, es decir, ha tenido cierto "dominio" en su grado de aportación. Esto se asemeja al concepto del autor o coautor que siempre se ha manejado en la praxis judicial, ya que él –el cómplice– conjuntamente con los demás intervinientes han protagonizado y desarrollado el evento delictivo. Es más cuando el artículo 25, primer párrafo, del Código Penal peruano señala, para el cómplice primario, que sin su intervención en el hecho delictivo no se hubiese podido realizar dicho evento, es porque en realidad, dicho cómplice, el injusto que ha realizado es totalmente protagónico y relevante a tal punto que su ausencia hace fracasar el plan criminal; por estas razones, los operadores jurídicos han estado aplicando –aunque sin proponérselo– y de manera tácita la teoría autónoma de la participación.

En todo caso, y como conclusión provisional, en mi opinión, pueden coexistir para la fundamentación de la participación criminal, tanto la teoría de la accesoriedad como la teoría de la autonomía o del injusto único de la intervención en el Código Penal peruano; lo que sí debemos de dejar constancia, y de ahí lo rescatable, es que el Código Penal peruano permite la "convivencia" entre varias posturas doctrinales, no solo en el tema de la participación sino en varias zonas de la parte general, y esto está acorde con la tesis del estándar mínimo de regulación del hecho punible, lo cual propicia el pluralismo científico de las instituciones dogmáticas en el Derecho positivo.

## VII. Las clases de participación delictiva

Las clases de participación delictiva, según nuestro Código Penal –y también la doctrina– serían la instigación y la complicidad, los que a continuación pasaremos a comentar:

### 1. La instigación

#### 1.1. Consideraciones generales

La figura jurídico-dogmática de la instigación se encuentra regulada en el artículo 24 del Código Penal, en los siguientes términos: "El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor". El primer Código Penal que tuvo el Perú, en el año 1963 y

el Código Penal de 1924, hoy ambos abrogados, no tenían una previsión expresa de la instigación en el rubro "de la aplicación de las penas" y la "Participación en hecho punibles" respectivamente; lo que sí el primer Código Penal de 1863 del Perú tenía una regulación amplia sobre autoría en el artículo 12, que señalaba: "Son autores: 1. Los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de otros", amplitud que originaba más confusiones, pues podría colegirse que estaríamos ante una "autoría mediata" o ante una figura de "instigación".

La inducción es la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de este de un tipo de autoría doloso o imprudente(469). Según Gómez Rivero el "traslado de la noción de riesgo a la actuación del inductor se traduce en la exigencia de que su conducta, desde una perspectiva *ex ante* y teniendo en cuenta sus conocimientos, aumente de un modo normativamente relevante el peligro de que el inducido adopte y ejecute una resolución delictiva, de tal modo que su incitación se valore por el Derecho como un riesgo no tolerado"(470). Por su parte Gómez López señala que "instigar es inducir dolosamente con éxito a otro a que cometa un hecho doloso determinado, es originar en otro la decisión al hecho delictivo, aunque no necesariamente dar origen al plan"(471).

Resulta interesante traer aquí la sentencia del Tribunal de Casación Penal en "Cabezas" de la Provincia de Buenos Aires (Argentina), donde se dice, en relación a la instigación, lo siguiente:

> "(...) en la instigación o inducción al delito gravita todavía la idea medieval de '*incubus*' y un '*succubus*'. De alguien que, en definitiva, crea la idea del mal (el delito) en la mente de otra; que mueve y determina al mal comportamiento. Esto se halla lejos de la realidad que envuelve los crímenes mafiosos o por sicarios (...), en los que los sujetos activos son profesionales del delito que solo necesitan saber quién será el destinatario de la actividad criminosa. En otras palabras: solo son determinados o 'direccionados'; pero nunca inducidos y movidos al crimen (...)".

El instigador debe carecer del dominio del hecho, pues si lo tiene debe pensarse en la figura de la coautoría(472). La responsabilidad del inductor, depende del autor principal, ya que es partícipe del delito cometido por el autor

(469) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, 2008, p. 408.
(470) GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La inducción a cometer el delito*. Valencia, 1995, p. 31.
(471) GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Teoría del Delito*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2010, p. 1220.
(472) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte general*. Medellín, 2009, p. 918.

principal. Por consecuencia, como está atado a la suerte del principal, la pena depende de hasta dónde ha llegado el delito(473). Se ha pretendido denominar al instigador como "autor intelectual" o "moral" lo que constituye un error que origina confusión, por ello error de denominar al instigador como autor intelectual podría dar lugar a creer que el instigador es un autor y para su existencia no sería necesaria la presencia de un autor del hecho, de un sujeto que realice el hecho principal, rompiéndose de esa manera el principio de accesoriedad de la participación(474).

La instigación tiene que ser a un hecho determinado y persona determinada, de ahí que la provocación jamás pueda ser instigación ni tampoco serlo la apología de delito. Es por eso que el Código exige que se trate de inducción directa (a un determinado hecho) y que sea a otro (determinada persona)(475). Para la figura jurídico-dogmática de la inducción tiene que haber dos personas en la relación delictiva: en primer lugar, el que realiza inmediatamente el influjo psicológico, y en segundo lugar, y otra persona que recibe o recepciona el influjo psicológico. El requisito fundamental es que el inductor haga nacer la idea delictiva en la mente del autor, y al final este es quien tiene el dominio del hecho, este es el autor quien tiene el curso causal del evento delictivo. Por eso, en caso que la inducción recaiga sobre un sujeto que ya está determinado a cometer un delito (el llamado *omnímodo facturus*), no será posible afirmar una inducción. Este supuesto podrá analizarse, en todo caso, como supuesto de complicidad moral o psíquica(476).

Al respecto la jurisprudencia ha señalado que: "El artículo 24 del Código Penal referido a la instigación reprime al que dolosamente determina a otro a comete: punible con la pena que le corresponde al autor, que en la instigación el instigador hace surgir en otra persona –e1 instigado– la idea de perpetrar un delito, siendo este último ejecuta materialmente el medio típico, además el instigador de: intencionalmente a fin de lograr el hecho delictivo (…)"(477).

El influjo psicológico producido por el inductor se trata de un aporte en el evento delictivo, pero no significativo, porque si fuera así, sería autor. El

(473) DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo V, Santa Fe, Buenos Aires, 2009, p. 445.
(474) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general.* Lima, 2006, p. 513.
(475) BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MACARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen II, Madrid, 1999, p. 301.
(476) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte general.* Lima, 2012, p. 711.
(477) Ejecutoria Suprema del 9 de agosto de 2004, R.N. N° 1552-2003-Santa. En: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema***.** Palestra, Lima, 2006, pp. 311-312.

influjo psicológico de la idea delictiva forma parte de la participación. Como señala Jakobs, el "influjo psíquico constituye, pues, inducción solo si el autor –como en la antigua subjetiva sobre la autoría– adopta su decisión, y persevera en ella, con dependencia de la voluntad del que influye. Pero si el autor, por sí solo, pone en práctica el saber que se le ha transmitido, sin que la voluntad del que influye haya llegado a ser causal, o si la voluntad del que influye, que antes ha surtido efecto, se convierte en obsoleta antes de la ejecución del hecho(478).

Al respecto una Ejecutoria Suprema ha realizado precisiones sobre la instigación, la autoría mediata y la incomunicabilidad de circunstancias. Así, "la instigación supone la realización de un influjo psicológico por parte del inductor, creando en el inducido la voluntad de realización, típica, esto es, a diferencia de la autoría mediata, es el hombre de adelante (inducido), quien tiene el dominio del hecho, y no el hombre de atrás que solo hace aparecer en el inducido la decisión de cometer un injusto penal; de tal manera que la instigación está condicionada que el inducido sea capaz de conducirse con sentido, lo que si a este le falta dicha capacidad, sea por defectos (inculpabilidad) o por estar en error, o bajo una causa de justificación no podrá darse una inducción, pues será un caso de autoría. Diferenciación en la participación del acusado que sea concordancia con lo establecido en el artículo 26 del Código vigente, que ha optado por la tesis de la ruptura del título de imputación señalando que las cualidades del autor y partícipes, y las circunstancias comprometedoras no se comunican a los otros autores o p del mismo hecho punible en virtud al principio de incomunicación"(479).

En este punto vale la pena considerar la postura de García Cavero, quien señala que la definición de la inducción como un injusto independiente del injusto del autor(480). En efecto, el artículo 24 del Código Penal daría lugar a la creación de un delito de inducción para cualquier delito doloso previsto en la parte especial. A esta interpretación podría objetársele que haría innecesaria la accesoriedad cuantitativa frente a la conducta del autor, por lo que podría sancionarse incluso si, por la razón que sea, el delito inducido no es ejecutado. Si se sigue la descripción legal –expresa García Cavero– podrá constatarse que no exige la realización del delito, sino solamente determinar a otro a cometer un delito. No obstante queda claro que en la interpretación usual del

(478) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, p. 805.
(479) Ejecutoria Suprema del 14 de abril de 2008, R.N. N° 4627-2007-Lima. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 18, Lima, diciembre de 2010, p. 75.
(480) GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general.* Grijley, Lima, 2008, p. 588.

artículo 24 del Código Penal no procede el castigo de la inducción si el delito inducido no se ejecuta. Pero podría admitirse esta misma limitación si se le otorga el carácter de condición objetiva de punibilidad a la ejecución del hecho delictivo por parte del inducido. De esta manera, la inducción mantendría su autonomía, vinculándose con el hecho del autor únicamente para efectos de la punibilidad(481).

En el Derecho Penal internacional la provocación a cometer delitos ha sido reconocida hasta hoy solamente en la forma de incitación (*incitement*) al genocidio con base en el artículo III de la Convención contra el Genocidio y en los artículos 4 del Estatuto del I.C.T.Y., y 2 del Estatuto del I.C.T.R., basados en la Convención precitada. Las otras formas de provocación, especialmente la inducción ("instigación"), están prácticamente absorbidas por la amplia concepción de la complicidad (*aiding and abetting*), especialmente si la inducción es entendida en el sentido de toda aportación al hecho, sin que sea indispensable que lo desencadene y si, desde el punto de vista subjetivo, solo se exige que el autor quiera causar el hecho principal o actúe en conocimiento de que este ocurrirá con alta probabilidad (*substantial likelihood*) como consecuencia de su conducta(482).

## 1.2. Modelos de regulación legal de la inducción

Sobre la regulación de la instigación en el Derecho comparado, tenemos que el Código Penal de Alemania en el § 26 regula la instigación (inducción a delinquir), bajo los siguientes términos: "Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico"; Legislación punitiva que sirvió de modelo para que la doctrina, sobre todo hispo-parlamente, implementara luego la llamada accesoriedad cualitativa del partícipe en función a que el autor (o coautor) cometiera necesariamente un hecho típico y antijurídico ("(…) comisión de un hecho **antijurídico**"). En esta misma lógica por ejemplo se ubica el Código Penal del Paraguay, que en su artículo 30 regula la figura de la instigación casi en los mismos términos que el Código alemán. En efecto, el Código del Paraguay prevé lo siguiente: "Será castigado como instigador el que induzca a otro a realizar un hecho **antijurídico** doloso. La pena será la prevista para el autor".

(481) GARCÍA CAVERO, 2008, p. 588.
(482) AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Traducido por Ezequiel Malario, Temis, Montevideo, 2005, p. 273.

Por otro lado, existen modelos penales en el Derecho comparado que contiene la "cláusula de equiparación" o de "asimilación legal", en la cual incluyen en el concepto (legal) de autor al concepto de instigador (y por ende también al cómplice primario). Así, tenemos el artículo 15, numeral 2 del vigente Código Penal de Chile de 1874 que preceptúa: "Se consideran autores (…) los que fuerzan o **inducen directamente a otro a ejecutarlo** (el hecho delictivo)"; asimismo el Código Penal argentino, que de manera "implícita" lo señala en el artículo 45: "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen **determinado directamente a otro a cometerlo**"; en este mismo contexto –pero ahora de generalidad– podemos ubicar al Código Penal para el Distrito Federal de México, que en el artículo 22 (Formas de autoría y participación), señala lo siguiente: "Son responsables del delito, quienes: I. Lo realicen por sí; II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores; III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento; IV. **Determinen dolosamente al autor a cometerlo** (…)". Sin embargo, existe otros modelos penales legislativos que de manera "expresa" se señala la inclusión del concepto de instigación al de autor; en efecto, podemos citar el Código Penal español de 1995, que en el artículo 28 prevé lo siguiente: "(…) autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que **inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo**.

En aquellas legislaciones que contiene dicha "cláusula de equiparación" o de "asimilación legal" se regula un concepto amplio de autor, de modo tal que todo agente que realice un aporte causal a la comisión u omisión del delito responderá a título de autoría, reservando el concepto de complicidad a supuestos muy reducidos, aun en casos donde el agente haya tenido dominio del curso causal, como en el de "autor por inducción". Se trata, en realidad, de una "cláusula de equiparación" entre una forma de participación delictiva: la inducción –para el Derecho peruano– con la autoría, de modo que formalmente ambos agentes intervinientes en el evento delictivo (el autor directo y el instigador) responden a título de autoría. Lo que, en sentido estricto, es una forma de participación a la autoría y que, consecuentemente, conduce a designar como autor al inductor.

Resulta interesante la conclusión a la que arriba la Corte Suprema del Perú, en el "caso allanamiento" del ex presidente Alberto Fujimori, cuando señala, en relación al "autor por inducción" de la legislación penal chilena, lo siguiente: "Si, como sucede en el Código Penal peruano, la cláusula de equiparación estuviera ausente y se diferenciara legalmente la intervención de los autores

y partícipes, la categoría del 'autor por inducción' sería un concepto innecesario y hasta contradictorio, pues quien actúa en calidad de inductor o instigador no podría ser, a la vez, autor (y viceversa): sería un inductor (partícipe a secas). Por ello, en el Código Penal peruano, que acoge un concepto restrictivo de autor y diferencia marcadamente el hecho del autor (autor, coautoría y autoría mediata, artículo 23) del aporte en calidad de partícipe (inductor –artículo 24– y cómplice –artículo 25–), la intervención en el delito del 'autor por inducción' del Código Penal chileno, es materialmente la de un inductor (y no la de un autor)"[483].

### 1.3. Los elementos de la inducción

Los elementos o requisitos estructurales de la instigación según nuestro Código Penal son los siguientes:

a) Que la instigación sea realizada de manera dolosa, intencional, es más se necesita un dolo directo, porque el mismo artículo 24 lo señala expresamente. En efecto, el dolo del instigador es una exigencia de nuestra legislación penal cuando el citado artículo 24 del Código Penal utiliza el término "dolosamente determina a otro (…)"; el dolo del inductor debe abarcar, en primer lugar, el hecho principal, es decir, sus elementos objetivos y subjetivos, razón por la cual la naturaleza jurídica del hecho principal debe ser determinada conforme a la representación del inductor. Welzel decía que: "El dolo del instigador tiene que estar encaminado, a través del autor, a la realización del tipo de delito; luego ha de comprender el conocimiento de las circunstancias de hecho del respectivo tipo delictual"[484].

   Nos parece interesante la posición del profesor Mayer cuando acotaba que: "Dos **resultados** son característicos de la instigación, que el autor tome la decisión criminal, es el primero, que lo lleve a cabo, el segundo". Agrega el citado autor correctamente lo siguiente: "Justamente por ello es el contenido del dolo del instigador de mayor alcance que el del autor: como este, se refiere al resultado típico, pero, además, que ese resultado se lleve a cabo por el destinatario, a través de la decisión convertida en hechos, pero, por otra parte, únicamente a ello, de manera que no importa si el instigador ha juzgado

(483) Véase, en este sentido, el Expediente N° 013-03 de fecha 11 de diciembre de 2007 expedido por el Vocal Supremo Instructor, Dr. Pedro Guillermo Urbina Ganvini, sobre el "caso allanamiento" contra el expresidente Alberto Fujimori.

(484) WELSEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte general.* Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p. 167.

correctamente la capacidad de imputación y los demás presupuestos de la imputabilidad del hecho"[485].

En este sentido se habla de un **doble dolo del instigador**[486]. La doctrina española sí acepta la posibilidad del dolo eventual en la figura de la inducción[487]. El hecho de determinar, es en otras palabras, inducir de manera directa y sin intermediarios en la mente del autor –directo o coautor–. Por ello, determinar exige una influencia dirigente sobre la dirección de la conducta, que proporciona a quien aún no se encuentra resuelto a cometer el hecho, precisamente, la decisión de hacerlo bajo su propia responsabilidad, es decir para actuar con dominio del hecho[488]. Asimismo, el término "determinar" significa que no se acepta la posibilidad que el instigador actúe de manera negligente, imprudente hacia otra persona[489].

b) Que la instigación siempre va dirigida hacia "otro", ello significa que la inducción exige un **destinatario**[490]. Sin embargo, la ley no exige una instigación *expresis verbis*, esta puede realizarse tanto explícita como implícitamente, lo

(485) MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal. Parte general.* Traducción de Sergio Politoff Lifschitz, y revisión general y prólogo de José Luis Guzmán Dálbora, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 488 (el resaltado es nuestro).

(486) Este sentido, véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas*. Tomo I, Ara Editores, Lima, 2005, p. 1086: "La inducción implica necesariamente que el instigador tenga plena conciencia del hecho en el cual participa, por eso tiene que ser necesariamente dolosa, de ahí que se le llamara autor intelectual, pues es quien concebido realmente el delito se lo transmite a otra persona, el autor. Por eso no puede haber una inducción a un hecho culposo". BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et ál. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general.* Praxis, Barcelona, 1996, p. 251: "Se habla de doble dolo del inductor pues debe perseguir dos objetivos. Por una parte, provocar la resolución delictiva en el futuro autor. Por la otra, que el resultado del delito inducido se materialice, esto es, que se lleve finalmente a cabo". De la misma manera: VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, p. 516. Asimismo: ORÉ SOSA, Eduardo. *Temas de Derecho Penal.* Reforma, Lima, 2009, p. 145: "Al instigador se exige un doble dolo: 1. Debe obrar con la finalidad de crear la decisión criminal en otra persona; 2. Debe buscar que el otro realice el comportamiento punible".

(487) MIR PUIG, 2008, p. 412.

(488) DONNA, 2009, p. 447.

(489) Este sentido, véase: BRAMONT ARIAS, Luis Alberto y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Código Penal anotado.* Lima, 2001, p. 77: "Dolo del partícipe: no cabe una instigación culposa a un delito culposo y la instigación dolosa a un delito culposo. Quien instiga a un delito culposo debe conocer que está determinado a un sujeto a perpetrar un hecho típicamente doloso y quiere tanto instigar como que el instigado practique el hecho a cuya ejecución le ha determinado".

(490) MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general.* Tomo 2, traducción de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, p. 441. En este punto: WELZEL, 1970, p. 168: "El instigador tiene que haber querido un hecho determinado. La instigación ha de ser individual tanto respecto del hecho como del autor, sin que sea necesario que el instigador conozca al autor".

que importa es que se actúe **positivamente** con el propósito de formar en el tercero la resolución delictual(491).

c) La inducción va dirigido hacia una persona natural y concreta con todas sus capacidades intelectivas y físicas, no se acepta en consecuencia que la inducción –jurídicopenalmente hablando– sea dirigida hacia una persona jurídica o al conglomerado de personas ubicados en un espacio físico, pues ello sería reconducido a otra tipificación penal (delito de apología del artículo 316 del Código Penal), pues el artículo 24 del Código Penal menciona expresamente: "determina a otro"; una jurisprudencia peruana ha dicho que: "El artículo veinticuatro del Código Penal referido a la instigación, reprime al que dolosamente determine a otro a cometer el hecho punible con la pena que le corresponda al autor, que mediante **la instigación al instigador hace surgir en otra persona –llamada instigado– la idea de perpetrar un delito**, siendo este último el que ejecuta materialmente el medio típico; además el instigador debe actuar intencionalmente a fin de lograr el hecho delictivo"(492).

d) Que, el objetivo de la instigación sea para cometer un hecho punible, ahora cuando el tipo penal señala "hecho punible" está refiriendo a un delito solamente, desde que está descartado la posibilidad de una "falta" porque solo responde penalmente el autor de una falta.

e) El hecho principal del autor debe llegar a su realización típica (consumación) para que la instigación llegue a ser punible; esto sobre la base de la accesoriedad cuantitativa que se concretiza en los grados de ejecución del hecho punible.

f) Al instigador le alcanza el castigo en tanto que la conducta del instigado sea calificada como "típica"(493), es decir se tipifique como hecho punible en la parte especial o en las legislaciones complementarias, aunque debemos de advertir que en la parte especial también se tipifica "delitos de inducción", sobre todo en los delitos de tráfico ilícito de drogas.

g) Por otro lado, el artículo 24 de nuestro Código Penal señala expresamente: "El que, dolosamente, determina a otro a cometer el **hecho punible**", es decir, que la inducción a un hecho imprudente, de manera culposa es posible si

(491) POLITOFF L, Sergio, MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*. Santiago de Chile, 2003, p. 428.
(492) Recurso de Nulidad, N° 1552-2003. En: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*. Lima, 2008, p. 974.
(493) Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte general*. Lima, 2011, p. 592.

se admite la participación en hechos de esta naturaleza[494], desde que la propia norma peruana autoriza a que el hecho cometido por el autor pueda ser vulnerando el deber objetivo de cuidado.

h) Los medios de los que se puede valer el instigador son diversos aunque no estén descritos expresamente en nuestro Código Penal, así podrían consistir en consejos, promesas, apuestas, ruegos, persuasiones, etc., siempre que implique una influencia psíquica. Cualquiera de estos medios deben ser idóneos y eficaces en la generación de la idea de cometer hechos punibles[495]. Ya Welzel decía que: "Es indiferente la clase de medio empleado para la instigación: persuasión, consejo, hasta aparente disuasión. Los medios de fuerza y error no deben llegar hasta tal punto que el autor ya no obre dolosamente sobre la base de su propia decisión, pues habría autoría mediata"[496].

   Es decir, también puede recurrirse a la violencia, a la amenaza o al abuso de autoridad, pero en estos casos, debe observarse de que no sean estos medios de tal intensidad que transformen al tercero en el instrumento material de la autoría mediata, la idea es que el autor conserve su autonomía en función a su dominio del autor (artículo 23 del Código Penal), y no sea un mero instrumento. En realidad, siempre la instigación se lleva a cabo por un medio psíquico, **intelectual o espiritual**, desde que debe influirse el psiquismo ajeno para que el autor tome la decisión. Por consiguiente, para que haya instigación siempre debe haber un contacto psíquico entre el instigador y el autor[497]. El simple crear una situación exterior para que otro se decida al delito no es suficiente[498]. La jurisprudencia peruana nos dice que: "de las

(494) Véase, en este sentido: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general.* 6ª edición, Reppertor, Barcelona, 2002, p. 400.

(495) VILLAVICENCIO TERREROS. 2006, p. 516. En este punto, por ejemplo, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* 2ª edición, Lima, Grijley, 2002, pp. 410-411, advierte una situación a tener en cuenta de acuerdo a nuestra normativa vigente: "El artículo 24 señala 'determinar a otro', pero no dice la forma en que esto se puede hacer, por lo que pueden presentarse, a nuestro modo de entender, dos casos: a) Cuando el instigador lo hace mediante palabras, es decir lo convence con ciertos argumentos. b) Cuando el instigador directamente utiliza una amenaza física –por ejemplo con un arma– o moral –por ejemplo: un despedido del trabajo–. Lo que se debe examinar en general es la sujeción de la voluntad del instigado".

(496) WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte general.* Traducción del alemán de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970; p. 166. En este punto: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*. Sudamericana, Buenos Aires, 1958, p. 507: "El instigador no es en modo alguno autor mediato. Según ya hemos visto, cuando se trata de autores mediatos son ellos los que responden, porque la persona de que se valieron no es actora, no es culpable, o es inimputable. En cambio, el instigador demanda el autor propiamente dicho".

(497) ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejando / SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires, 2000, p. 770.

(498) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general.* Lima, 2004, p. 493.

investigaciones se desprende que el procesado, no solo indicó a sus coacusados de la posibilidad del robo en perjuicio del agraviado, sino que decidió a que lo perpetren proporcionándoles **además información esencial para su materialización e indicándoles lo que debían sustraer**, por lo que, la prueba de cargo glosada es suficiente para enervar la presunción que la Ley Fundamental reconoce a favor de los justiciables, por lo que es rechazar los agravios de recurrente"[(499)].

En este punto, puede hablarse –aunque con ciertas reservas– del caso de la instigación **tácita**, que es cuando la formación de la idea de materializar un determinado delito y del convencimiento de ello en el autor, se haga de manera indirecta, sin expresar dicha intención. Así, por ejemplo, Yago es instigador tácito al entregar a Casio el Pañuelo que Otelo había obsequiado a Desdémona, para que crea que lo engaña con Casio y, consecuentemente, resuelva dar muerte al traidor[(500)].

La instigación implica una conducta activa, por lo que una instigación por omisión es prácticamente inadmisible. La mera omisión "puede, bien favorecer la espontánea aparición de la decisión criminal en otro, o bien no obstaculizar una decisión ya en marcha, efectos ambos que no pueden considerarse como una 'inducción'"[(501)].

i) La inducción ha de ser **determinante**. En este punto habrá que advertir, siguiendo a Groizard, cuando señalaba que el término "inducir" no es inequívoco, pues su significado semántico, que se puede traducir como "hacer, con consejos, promesas, amenazas, etcétera, que alguien realice cierta acción", no excluye la posibilidad de que en la inducción quepan aquellos comportamientos consistentes, simplemente, en estimular o determinar definitivamente a alguien a realizar algo (un hecho típico y antijurídico) que ya tenía decidido con anterioridad o que, al menos, ya había considerado muy seriamente[(502)].

Sin embargo, actualmente es unánime en la doctrina penal que no puede apreciarse la inducción si el sujeto, al cual se dirige la inducción, tuviera ya

(499) R. N. N° 1094-05-La Libertad, del 19 de mayo de 2005. En: PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. cit., Tomo I, p. 495 (el resaltado es nuestro).

(500) Véase RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo / UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando / GAMERO CALERO, Lorena Mariana / SCHONBOHM, Horst. *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*. Nova Print, Lima, 2012, p. 147.

(501) GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*. Editorial Civitas, Madrid, 1987, p. 520.

(502) Citado por: BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio.* Bosch Editor, 2011, p. 248.

decidido realizar el delito. Esa decisión delictiva ha de nacer, precisamente, a consecuencia de la actuación del inductor(503).

En otras palabras, cuando el autor es un *omnimodo facturus*, es decir, cuando él mismo no solo ya había pensado en el hecho respectivo, sino que también ya estaba firmemente decidido a cometerlo, no existe inducción posible. Por ejemplo: Si A le propone a B asaltar un banco, lo que este, de todos modos, quería cometer, aquel no habrá causado la decisión de B. En un caso así, será punible solamente por tentativa de instigación o, dadas ciertas circunstancias, también por complicidad psíquica en el hecho de B(504).

Finalmente, en este punto, solo es posible hablar de una determinación cuando la acción de inducción ha provocado la resolución delictiva en el inducido. El inductor debe haber dado el tiempo necesario para la adopción y realización de dicha resolución. Es decir, la acción de inducción no necesita "haber sido la única condición para la resolución del autor", ni tampoco se presupone que la acción de inducción se deba ejercer exitosamente sobre un autor originalmente indiferente al hecho o incluso contrario a este(505).

j) En la inducción se habla de exceso cuando el hecho del inducido va más allá de la voluntad del inductor. Se suele distinguir entre exceso en los fines y exceso en los medios, generando en ambos casos la irresponsabilidad del inductor por el exceso(506). El instigador responde solo hasta donde el hecho coincide con su dolo; no responde por el exceso del autor(507). La limitación de responsabilidad al hecho inducido y la no responsabilidad por el exceso del autor se deriva del principio de culpabilidad. La opinión contraria solo puede fundamentarse en el *versari in re illicita*, es decir, es una violación del principio de culpabilidad(508).

(503) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, J. Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Navarra, 2000, p. 628. De la misma manera: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* 4ª edición, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 1990, p. 596: "La instigación debe tener por resultado haber decidido al autor a realizar el hecho. Cuando el autor ya está decidido a realizarlo no puede haber instigación".

(504) Véase, en este sentido: FRISTER, Helmut. *Derecho Penal. Parte general.* Traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, revisión de la traducción de María de la Mercedes Galli, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 614.

(505) Véase, en este sentido: MAURACH, Reinhart / GOSSEL, Karl / ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho.* Traducción de la 7ª edición alemana de Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 438.

(506) BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE. Volumen II, 1999, p. 302.

(507) WELZEL, 1970, p. 168.

(508) BACIGALUPO, 2004, p. 495.

k) Luego de hacer nacer en el inducido la resolución delictiva, el resultado típico de la inducción ha de guardar, en términos de objetividad, una **relación de causalidad, o mejor dicho una relación de imputación objetiva** respecto de la propia actividad inductora.

Como es sabido, la acción de inducir debe producir una transformación en el estado psíquico del inducido, en el que aparece la resolución de delinquir, o, en nuestro caso, de cometer la infracción. De ahí que se diga que ha ser eficaz. Entre la acción del inductor y el resultado (decisión de delinquir) debe existir una conexión causal. Serían, pues, de aplicación todos los requisitos que en esta materia exige la moderna teoría de la imputación objetiva. De lo expuesto cabe deducir que solo puede llevar a cabo una instigación relevante las personas físicas y no las jurídicas(509).

Por ejemplo, si en un partido de fútbol, ante una decisión arbitral contraria al equipo local, un de los espectadores le dice a su vecino de asiento: "A ese árbitro hay que darle su merecido, hay que matarlo inmediatamente", para expresar su enojo con él, no habrá inducción (delictiva) a un delito de homicidio aunque el vecino de asiento baje al campo y efectivamente mate al árbitro, porque, al margen de que la inducción sea o no directa y de que falte el dolo del inductor, la conducta de quien pronuncia la frase no es objetivamente adecuada (en las condiciones ordinarias de los partidos de fútbol) para producir el efecto que produce, el riesgo inherente a la acción del inductor no es el que efectivamente se realiza en el resultado.

Ahora bien, en cuanto a las capacidades psíquicas del sujeto inducido debemos advertir que no interesa si el sujeto instigado sea mayor o menor de edad, ya que lo que interesa es que el partícipe-inductor esté en plenitud de sus facultades de discernimiento mental y de comprensión. Por otro lado, el sujeto inducido, quien al final de cuentas es el que tiene las riendas del curso causal, está regido bajo la línea de autoría directa o coautoría funcional. En ese sentido, si bien el sujeto inducido puede tratarse de una persona inimputable, que no tiene capacidad de culpabilidad por minoría de edad; sin embargo, igual es considerado responsable para el Derecho Penal, en este caso de menores. Así podemos citar una jurisprudencia peruana, que tiene dicho lo siguiente: "Si los acusados instigan a dos menores para que dieran muerte al

(509) Véase, en este sentido, desde el Derecho administrativo sancionador: GÓMEZ TOMILLO, Manuel / SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo.* Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 581.

agraviado, ellos deben ser sancionados conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del Código Penal"[510].

Si bien en el aspecto sancionatorio del rubro de la "autoría y participación" el Código Penal peruano reprime a la figura del instigador (asimismo podemos decir del cómplice necesario o primario, artículo 25, primer párrafo) con la misma sanción punitiva que se aplicará al autor (artículo 24 del Código Penal, parte pertinente: "será reprimido con la pena que corresponde al autor"), debemos aclarar que en primer lugar, en el aspecto de la teoría general del delito, y más aún, en segundo lugar, en la materia de la determinación y mensuración judicial de la pena (véase por ejemplo el artículo 46 del Código Penal) sí debe existir una clara y contundente diferenciación entre el aporte de un partícipe (inductor) y el aporte del autor, porque esta está más cercano especiotemporalmente a la afectación del bien jurídico tutelado (por su dominio de la conducta, de la voluntad y dominio funcional del hecho) que la figura del partícipe penal, además porque la figura de la inducción (y por ende de la participación) está en función a su grado de involucramiento de tipo "accesorio", "dependiente" en relación a la intervención del autor en el delito. En este punto García Cavero nos dice que "(…) no se aprecia cuál es el fundamento que justifica dicha equiparación, pues no es valorativamente lo mismo determinar a otro a cometer un delito que la ejecución misma de un delito. En este sentido, habría sido recomendable prever una atenuación de la pena para el inductor en relación con la pena prevista o impuesta al autor"[511].

Por citar un caso donde no se respetó la equiparación punitiva entre el inductor y el autor fue en una de las primeras Ejecutorias Supremas en el caso "Fujimori" se reprimió al ex presidente Alberto Fujimori en su calidad de inductor con una pena privativa de libertad mucho mayor que la de sus respectivos autores del evento delictivo (nos preguntamos: ¿A dónde quedó la accesoriedad de la teoría del delito y de la teoría de la pena del partícipe-inductor?).

### 1.4. Casos problemáticos sobre la instigación

Los casos problemáticos sobre la instigación son los siguientes:

(510) Véase el Exp. N° 3840-97-Ayacucho. En: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Derecho Penal, jueces y jurisprudencia*. Lima, p. 176.
(511) GARCÍA CAVERO, 2012, p. 712.

### 1.4.1. La inducción aplicada al Derecho Penal económico

La figura jurídico-dogmática de la instigación en el marco del delito económico presenta varias particularidades que vale la pena mencionarlas: en primer lugar, se presenta la figura de "instigación escalonada" y debemos de aclarar que puede ser para un escalonamiento hacia "abajo": se puede aplicar en estructuras organizacionales de media y amplia complejidad, en ese sentido por ejemplo, el gerente general de una empresa privada en la idea de cometer un delito medio ambiental, decide, después de varias dudas, persuadir persistentemente a la persona encargada de suministrar las medidas de prevención de las chimeneas externas del establecimiento minero (personal subordinado o de ejecución), precisamente para que esta persona no tome en cierto momento las medidas de protección y de evitación de riesgos; sin embargo, también el escalonamiento se puede aplicar hacia "arriba", por ejemplo un personal subordinado del establecimiento minero persuade permanentemente a un alto directivo de la empresa para que cometa un delito ambiental, es decir, para que decida en el directorio para que vote por la comisión delictiva persuadida por el personal subordinado.

En segundo lugar, como la figura dogmática de la instigación, en el marco del Derecho Penal de la empresa se presenta en el marco de un conglomerado de personas más o menos organizadas, es decir, en función a una empresa, es lógico pensar que la instigación pierda cierta legitimidad y rigurosidad en cuanto a su aplicación práctica, porque se confundiría en cierto modo con la figura de la "apología" o "provocación pública a un delito" (artículo 282 del Código Penal) o el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 46, delito de incitación al terrorismo, que en nuestro sistema penal todos estos supuestos se encuentran en la parte especial o en la legislación penal complementaria. En este punto, el dolo del inductor debe ser dirigido a una o varias personas determinadas, es decir, concretarse sobre un objeto personal de la acción de inducción.

Ahora bien, según la doctrina especializada ha dicho que no significa que el inductor deba conocer personalmente al autor o inducido. Toda inducción exige un destinatario, sin embargo, ello no significa que el inductor deba conocer personalmente al autor[512]. En este punto, en un delito económico donde está de por medio una organización empresarial normalmente el inductor no conoce personalmente a la persona que está siendo inducida, porque en una empresa –por más pequeña que sea– es lógico que todas las personas que la compongan no se conozcan físicamente, y solo se conocen de nombres, pero

(512) DONNA, 2009, p. 451.

aún así no pierde "fuerza" la inducción para el Derecho Penal, sobre todo para el Derecho Penal económico.

Sin embargo, es posible imputar penalmente la instigación en un delito económico, bajo una condición de orden procesal-probatorio: por un lado, que el influjo psicológico de carácter delictivo tiene que provenir necesariamente de una persona natural y no de una persona jurídica, y por otro lado, que dicho influjo psicológico sea dirigido también hacia una persona natural, en otras palabras, mientras más personas involucradas se encuentren en el evento delictivo económico, más "personaliza" e "individualizada" tiene que ser la probanza judicial para que la instigación goce de buena salud en el Derecho Penal económico; debemos de tener en consideración –como bien señala la Peña Cabrea Freyre– se exige que la instigación sea personal y directa, no cabe la "inducción en cadena"(513), aunque el profesor colombiano Velásquez Velásquez y el profesor argentino-español Enrique Bacigalupo(514) sostienen que sí es posible(515).

En este punto Maurach, Gössel y Zipf sostienen que el caso básico de la participación consiste en la intervención directa de alguien en el hecho punible de otro. En la práctica, especialmente en relación con hechos punibles económicos, pero también con el crimen organizado, la división del trabajo criminal ha alcanzado hecho mucho tiempo el ámbito de la participación; así, por ejemplo, frente a encargos destinados a la ejecución de acciones criminales en organizaciones delictivas, o bien dirigidos a ejecutores desconocidos. En este supuesto, surge el problema de la punibilidad de la "cadena de intermediarios incorporados sucesivamente"(516).

Por su parte, Gómez Rivero señala, en relación a la participación en cadena, "(…) podemos decir que, salvo que el legislador prevea expresamente un régimen distinto en la parte especial, se traducirán, bien en un supuesto de provocación, que, en su caso, entraría en concurso de leyes con la cooperación necesaria cuando el destinatario al que se dirigió el primer inductor con la intención de que ejecutase el hecho se limita a incitar –con independencia del éxito que en concreto tenga– a otra persona para que emprenda su ejecución, bien

(513) PEÑA CABRERA FREYRE, 2011, p. 592.
(514) BACIGALUPO, 2003, p. 494.
(515) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2009, pp. 920-921.
(516) MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general.* Tomo 2, traducción de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, p. 433.

directamente en un supuesto de cooperación necesaria cuando el requerimiento del primer incitador se refería a que el destinatario incitase a un tercero"[517].

En tercer lugar, y teniendo como base lo anterior, nos preguntamos ahora si podría existir la ¿instigación colectiva, o mejor dicha la instigación colegiada? En este punto la inducción puede ser compartida por varios sujetos, dando lugar a la **coinstigación o coinducción**[518] (por ejemplo, varias personas inducen a alguien a cometer un delito de hurto o a un delito económico). Por ejemplo, en nuestro caso: se puede hablar de instigación si todo el directorio de una empresa persuade, luego de tomada la decisión, a su personal subordinado para que cometan o no eviten la comisión de un delito económico; aquí se presenta varias cosas a tener en cuenta: que la instigación tiene su inicio en una "decisión colegiada" de acuerdo a los estatutos de la empresa, además como pasa en muchos casos, la instigación colegiada no se presenta en forma inmediata o improvisada, sino que es consecuencia de muchos debates entre sus miembros por horas, por días o hasta por meses para luego recién votar y decidir finalmente por la persuasión ("colegiada") que deben realizar, posteriormente, hacia otras personas de la misma empresa, podemos llamar a este supuesto "instigación colegiada constante".

Ahora bien, si la decisión colegiada constante queda solo en eso, en una simple decisión colegiada y no se revierte hacia otras personas, será irrelevante penalmente, de la misma forma si la decisión ("colegiada") no tiene el carácter delictivo sino solo una contravención de tipo administrativo. Por el contrario, si la decisión tiene carácter delictivo y se revierte luego en una persona determinada y este logra ejecutarla, todas las personas que en principio votaron y decidieron –dolosamente– por la instigación delictiva serán sancionados penalmente de acuerdo al artículo 24 del Código Penal, y esto quedará condicionado hasta que los autores directos o coautores(por tener el absoluto control del dominio de curso causal del hecho) efectivamente realicen o intenten realizar lo que los instigadores motivaron psicológicamente.

Finalmente y como lo hemos dicho, la clara diferenciación que debe existir en el rubro sancionatorio entre autor y partícipe debe estar presente en todas las figuras delictivas, así por ejemplo en los delitos convencionales y hasta los delitos no convencionales como los delitos socioeconómicos, los delitos funcionariales, entre otros.

(517) GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La inducción a cometer el delito*. Valencia, 1995, p. 129.
(518) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2009, p. 921.

### 1.4.2. Exceso de la conducta del instigado

Otra cuestión problemática en cuanto a la instigación es, el grado de responsabilidad del instigador cuando la acción del instigado sobrepase el dolo del instigador. En la instigación se habla de exceso cuando el hecho del inducido va más allá de la voluntad del inductor. Se suele distinguir entre exceso en los fines y exceso en los medios(519). La responsabilidad del instigador no puede ir más allá de la acción que instigó y que fue realizada(520).

Si el instigado ejecutó una acción más grave que la determinada por el instigador solo responde por el hecho incitado, salvo que haya obrado con dolo eventual(521); en este caso estamos ante un supuesto de **exceso cuantitativo**.

Si el autor comete un hecho distinto al que el instigador determinó, estaremos ante un supuesto de **exceso cualitativo**, en cuyo caso el instigador no será responsable. Se precisa que si las desviaciones del hecho principal respecto del dolo del instigador no son esenciales, subsistirá la responsabilidad del instigador; este supuesto se presentaría en el caso de que el inductor determine al autor material a cometer una violación sexual mediando violencia, empero el autor material cometa la violación sexual mediando amenaza con el uso de un arma blanca, por ejemplo.

Existe un tercer supuesto, además del exceso cualitativo y cuantitativo, denominado la **sobreinducción**, este supuesto se presenta cuando el instigado se encuentra ya determinado a cometer un ilícito penal, y el inductor le determina a agregar una agravante al hecho delictual al que ya estaba determinado a cometer, en este caso el inductor deberá responder únicamente por la agravante que determinó a cometer, pues lo contrario sobrepasaría la culpabilidad por la única parte del hecho realmente inducida.

(519) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 1087.

(520) En este mismo sentido: BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Código Penal anotado*. Lima, 2001, p. 77: "El instigador no responde por el exceso del instigado: existe este exceso cuando el delito cometido por el instigado o la calificante en que se ha incurrido, no estuvo en la intención del instigador ni se le puede imputar a título de dolo eventual".

(521) En este punto: GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La inducción a cometer el delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 381, sobre el dolo eventual en la inducción señala: "En resumen, el dolo eventual va a desempeñar ciertamente un destacado papel en la inducción, pero no en relación al contenido inmediato de la incitación, a la producción del resultado típico al que se dirige, sino a la hora de apreciar la posibilidad de que aquella comprenda eventualmente la realización de otro distinto o de un plus adicional, determinando que muchos casos de posibles excesos y desviaciones del autor al estricto contenido de la incitación que son imputables objetivamente a esta, también lo sean subjetivamente, a título de dolo eventual. Veamos el siguiente ejemplo: A induce a B a que sustraiga la cartera en C sin que este se dé cuenta. Sin embargo, durante la ejecución, C advierte la maniobra de B e intenta defenderse, por lo que este tiene que sacar una navaja e intimidarle para que le de la cartera".

En la doctrina se han planteado diversas soluciones en cuanto al exceso cualitativo y cuantitativo: algunos consideran que debe responder como instigador del injusto agravado teniendo en cuenta "el considerable aumento de decisión respecto del hecho". Otros consideran que solo habrá instigación respecto a la parte excedente en concurso ideal con complicidad psíquica respecto al delito total. Un tercer sector entiende que solo se da instigación en relación a la parte que el autor no estaba decidido, siempre que configure un injusto autónomo. Particularmente creemos –siguiendo a Villavicencio– que solo es posible hablar de instigación, cuando se hace surgir en el autor la decisión al hecho, la instigación, en estos casos, solo podrá referirse "a aquella parte de lo ilícito a cuya realización el autor no estaba todavía decidido, siempre que configure un tipo independiente. Así, el que convence a robar, golpeando a la víctima, a quien estaba decidido a hurtar, será responsable por instigación a lesiones, pues el autor ya estaba decidido a apoderarse de la cosa y el hombre de atrás solo hizo surgir en el autor la decisión de golpear a la víctima"(522); en ese sentido, si por ejemplo el instigador determina al autor material a cometer un delito de lesiones y este comete uno de homicidio, el instigador solo será sancionado con la pena prevista para el delito de lesiones, respondiendo solo el autor material por el exceso.

### 1.4.3. Inducción a pluralidad de personas

El instigador puede ejercer su influencia directamente sobre la persona que desea instigar, pero también puede hacerlo por intermedio de un tercero. En este caso, persuade a este para que convenza a quien debe ejecutar el delito (instigación en cadena). Si el instigador utiliza al tercero como intermedio o instrumento, entonces la instigación se produce en forma mediata (como en el caso de la autoría mediata-instigador mediato), pero también puede suceder que dos o más personas se pongan de acuerdo para instigar a otra para que ejecute un delito (coautoría de instigación), y si dichas personas proceden por su cuenta y sin saber lo que cada una está haciendo, son instigadores accesorios (como los autores accesorios).

La actividad persuasiva del instigador puede alcanzar a varias personas, sin necesidad de que las conozca personalmente, en este caso si el agente desarrolla su actividad en público y ante un número indeterminado de individuos, entonces podrá ser reprimido como autor de un delito contra la Tranquilidad

(522) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general.* Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 229.

Pública, específicamente el delito de apología (artículo 316[523] del Código Penal peruano); pues este supuesto plantea la ausencia del requisito o característica de la instigación de la "determinación del sujeto", pues si bien el instigado puede ser un sujeto determinable (por ejemplo el requerimiento de un asesino a sueldo) o que incluso el inductor no llegue a conocer al instigado (por ejemplo, cuando la acción persuasiva se desarrolle por medios tales como el correo electrónico o vía telefónica y la transacción –pago– se realice por medios electrónicos).

Los casos de inducción a pluralidad de agentes sería el caso de la **inducción mediata**, en la que el instigador utiliza a un intermediario para ejercer su influencia psicológica sobre el autor (paralelo a la autoría mediata). A mi juicio, no habría problemas de su admisión.

Tampoco resulta problemática la admisión del caso de la **coinducción** (que sería un paralelo de la coautoría)**.** Más discutible se presenta la inducción accesoria, dado que resulta difícil medir las influencias psíquicas, por lo que será más correcto tratar el caso como complicidad[524].

Por otro lado, donde existe una discusión doctrinal es respecto de si se puede (o no) aceptar el caso de la **inducción en cadena**, es decir, la instigación a la instigación del hecho principal. Esta posibilidad es admitida en la ciencia penal peruana[525].

Imaginemos los siguientes casos de inducción en cadena[526]:

(523) Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 de julio de 2007, cuyo texto es el siguiente:
"**Artículo 316. Apología**
El que públicamente hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.
1. Si la apología se hace de delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333; 346 al 350 o en la Ley Nº 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años, doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación conforme a los incisos 2,4 y 8 del artículo 36 del Código Penal.
2. Si la apología se hace de delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años. Si se realiza a través de medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información y comunicaciones, como Internet u otros análogos, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años; imponiéndose trescientos sesenta días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal".

(524) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación.* Akal, Madrid, 1996, p. 134.

(525) Véase, en este sentido: PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Vol. I. 3ª edición, Lima, 1983, p. 352.

(526) Ejemplos tomados de GÓMEZ RIVERO, 1995, p. 118.

1) A, esposa del conocido hombre de negocios M, para "presumir" con sus amistades, convence a su marido para que adquiera un lujoso chalet que casi escapa a sus posibilidades económicas. Sin embargo, A, no quiere renunciar por ello al nivel de vida que hasta ahora había llevado y que, debido a la compra del inmueble, los ingresos ordinarios de aquel ya no pueden mantener. Llegado el periodo de declaración tributaria, y consiente de que el gran número de transacciones que realiza la empresa de su marido permite hacer una serie de "trampas" y conseguir una cuantiosa devolución, le pide a este que convenza al administrador C para que falsee las cifras contables y consiga la deseada devolución. M, convencido de que necesita sacar dinero "de cualquier sitio" para poder mantener el nivel de vida que requiere aparentar su esposa, se dirige al administrador proponiéndole un reparto al 50 % de los beneficios, a la vez que le promete usar su influencia con el Director para que le ascienda de categoría en la empresa. C, acepta su propuesta.

2) A, amante de B, que quiere deshacerse de la mujer de este, X, incita a B para que se dirija a la enfermera E, que inyectará a X una dosis de penicilina, ofreciéndole un cuantioso cheque si sustituye la medicina por una sustancia letal, B hace la propuesta a la enfermera, quien, a su vez, acepta el requerimiento.

Ahora, respecto al tratamiento jurídico-penal de la inducción en cadena existen dos posturas doctrinales:

a) Una de ellas acepta su existencia y punibilidad como forma de instigación sin reparo alguno, incluso cuando no se conoce el número ni el nombre de los demás instigadores intermedios, ni tampoco el nombre del autor principal. Así, por ejemplo López Barja de Quiroga, desde el Código Penal español, afirma que "(…) el inductor del inductor es un inductor al hecho principal y es una forma de inducir consistente en utilizar a otra persona como medio para crear en otro la resolución criminal, supuesto que es perfectamente incluible en el concepto de inducción, sin que a ello obste el que el artículo 28.a) exija que la inducción sea directa, pues la instrumentalización de una persona para provocar la inducción no impide que se trate de una inducción directa. Además, a nuestro entender, el adverbio "directamente" se refiere a que la inducción se concrete en un delito concreto y en una persona (autor) concreta y, por consiguiente, en nada afecta al problema de la inducción en cadena. En otras palabras, la inducción es directa cuando se motiva a una persona a cometer un delito concreto"[527].

(527) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 1996, p. 134. En el Perú la admiten ÁNGELES GONZALES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Código Penal*. Lima, 1996, p. 248: "El dolo del instigador debe

b) Por el contrario, otro sector doctrinal no considera como verdadera instigación a la inducción en cadena, en virtud de que el inductor (el primer eslabón de la cadena) no indujo al hecho principal sino ha inducido a otro a que determinara al hecho principal. En todo caso, la inducción en cadena puede ser considerada como cooperación necesaria (artículo 25 primer párrafo) a un hecho principal. En este punto, según Castillo Alva, este último criterio es el más acertado. En efecto, "(…) si se parte de que en la instigación es necesario que el inducido realice un tipo doloso de autoría o un concreto hecho punible, no es posible plantear el castigo de la inducción en cadena. Como forma de instigación, pues de aceptarse esta tesis se tendría que aceptar también la posibilidad de inducción a un tipo de participación (inducción), entendiendo a esta como un tipo delictivo autónomo, cuestión que aquí rechazamos. De esta manera, como la inducción en cadena comporta instigar a un tipo de participación y dado que solo admitimos la inducción en un hecho principal doloso (autoría) dicho planteamiento debe rechazarse"[528].

La inducción en cadena y la instigación a la complicidad, tal como lo reconoce la doctrina, según Castillo Alva, bien puede contemplarse como cooperación necesaria o complicidad secundaria respectivamente. Hay aquí la imposibilidad de instigación en la participación, pues según se entiende unánimemente la complicidad (artículo 25 primer y segundo párrafo) incluye todo favorecimiento del hecho principal, incluso la instigación que puede verse como una forma justamente de favorecimiento[529].

### 1.4.4. El agente provocador

La instigación presenta un grave problema cuando se trata del llamado agente provocador, que es la persona que instiga a otro a cometer un delito con fines de investigación policial; esto es, el agente provocador se caracteriza por estar dirigida a producir la comisión de un cierto hecho delictivo, pero no con voluntad de que llegue a suponer la afección de un bien jurídico propio del mismo, sino con el propósito de lograr que los demás intervinientes en él sean declarados penalmente responsables por ello[530]. Por ejemplo: el sujeto que se infiltra en una agrupación delictiva a efectos de conseguir que sus integrantes decidan cometer un robo, y antes de que el mismo se perpetre, sean

estar dirigido también a uno o varios sujetos, pero también determinados. Es admisible una cadena de instigaciones".

(528) CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal. Parte especial I.* Grijley, Lima, 2008, p. 883.

(529) Ídem.

(530) BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Código Penal anotado*. Lima, 2001, p. 77.

detenidos, juzgados y condenados, estos casos, se trataría más bien de una autoría directa o mediata, no de una instigación(531).

Por lo general, se admite su impunidad del agente provocador porque le falta la voluntad de que el hecho punible sea consumado. Sin embargo, este criterio es considerado como insuficiente, pues, esta persona, al provocar la tentativa, pone en peligro el objeto de la infracción (ser humano en caso de homicidio o lesiones; bien mueble ajeno en caso de hurto)(532).

El principio general es que la Policía debe investigar delitos cometidos y no suscitar acciones delictuosas con fines represivos: (a) Cuando se trata de delitos ya cometidos, la instigación policial para nuevos delitos es punible y no está amparada por ninguna causa de justificación. (b) Cuando se trata de un acuerdo con la víctima, en realidad hay una simulación y ninguna tipicidad (es el llamado delito experimental). Por ende, no hay instigación porque no se determina a ningún delito verdadero. (c) Cuando se trata de bienes jurídicos tales como la vida o la libertad sexual y debe interrumpirse una cadena de delitos que los lesionan (casos de delincuentes seriales), no quedando otro recurso que acudir a la provocación, la Policía cumple con su deber jurídico y, por ende, la instigación es atípica. De cualquier manera, en este supuesto, la amenaza debe ser de entidad tal que la imagen ética del Estado no sufra desmedro(533).

Según Villavicencio, escapan a la figura del agente provocador, el caso del sujeto que tiene el deseo que el resultado no se produzca, pero no realiza manifestación exterior alguna (v. gr. no adopta medidas precautorias para evitar el resultado). También quedan fuera de esta figura los casos en que efectivamente contribuye a la producción del resultado, aunque lo haga para lograr la sanción de su copartícipe. Esto, de acuerdo a un concepto estricto de agente provocador(534).

### 1.4.5. ¿El instigador puede recibir mayor pena que la del autor en un mismo evento delictivo?

El artículo 24 del Código Penal (que dispone que el instigador "será reprimido con la pena que corresponde al autor", ha sido interpretado de manera

(531) Ejemplo tomado de BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES. 2001, p. 77.
(532) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Tomo I, Idemsa, Lima, 2011, p. 173.
(533) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura básica del Derecho Penal*. Buenos Aires, 2009, p. 147.
(534) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general.* Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 229.

unánime por la doctrina como referida al marco abstracto de pena y no al marco de pena concreta. En tal sentido, el juez tiene discrecionalidad razonada para recorrer el marco penal abstracto del tipo penal en toda su extensión, tomando en cuenta los aspectos concretos del hecho realizado por el inductor valorándolos según los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico (artículos 45 y 46 del Código Penal), y el respeto al principio de proporcionalidad y el principio de culpabilidad.

Así, por ejemplo, Villavicencio Terreros sostiene que: "En cuanto a la sanción del instigador, el artículo veinticuatro del Código Penal establece que será reprimido con la pena que corresponde al autor, pero ello no significa que el instigador tenga que recibir una pena idéntica a la del autor, pues de acuerdo a las circunstancias, puede recibir una pena mayor o menor a la del autor"(535).

En el Derecho comparado se sostiene también la posibilidad de imponer una pena más grave al instigador respecto al autor. Así, por ejemplo, se señala que: "(...) no se entiende por qué razón el instigador debiera ser penado más levemente en los casos en que provoca la decisión de cometer el hecho luego realmente ejecutado, en un autor aun no inclinado a cometerlo, y convertirse aun así en el verdadero causante del ilícito en toda su extensión. El que a él le falte el dominio el hecho es una cuestión de estructura, no afecta sin más la gravedad el ilícito efectuado por él(536). Incluso, Jescheck apunta que: '(…) la pena del inductor puede ser más grave que la del autor, como sucede cuando aquel, a diferencia del autor, divisa plenamente el contenido de injusto del hecho(537)'".

El fundamento de que la pena del instigador puede ser recorrida en toda la extensión del marco penal abstracto, fijándola por arriba o por debajo de la pena del autor, reside en que conforme al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal l**a responsabilidad penal es personal,** y obedece a una valoración del comportamiento, el contexto situacional y las características personales. El instigador si bien determina a que se realice un hecho –el delito– ejecuta también su propio hecho que es la acción de instigar. Asimismo, en ocasiones también el instigador determina cómo, cuándo y de qué manera se ejecuta el hecho, configurándolo en sus aspectos esenciales.

(535) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006, p. 520.
(536) STRATENWERTH, Gunter. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 427.
(537) JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 744.

En tal sentido, puede ocurrir que el injusto y/o la culpabilidad de la conducta del instigador revista mayor gravedad que el injusto y la culpabilidad del autor. El principio jurídico-penal de la accesoriedad de la participación no quiere decir ni que el autor necesariamente deba ser castigado con mayor pena que el partícipe, ni que el instigador tiene siempre una pena subordinada a la pena del autor(538).

La posibilidad y el escenario de una pena desigual ha sido justamente pensada y prevista por el legislador al estructurar el artículo 24 del Código Penal, al establecer que el inductor "será reprimido con la pena que corresponde al autor", el cual se refiere al marco abstracto de pena fijada en cada delito de la parte especial del Código Penal u otra ley penal determinada. Desde el punto de vista normativo y social, puede ocurrir que la conducta del instigador sea desvalorada con una mayor intensidad que la propia conducta del autor, en atención, por ejemplo, a la infracción de deberes infringidos, al abuso de una relación de superioridad o prevalimiento, al objetivo final del hecho, etc. Dicha situación no puede ni debe ser ignorada por el ordenamiento jurídico, si es que se quiere que la pena tenga algún sentido preventivo dentro de la sociedad.

Con base en el principio de responsabilidad penal individual que reina en el sistema de imputación de nuestro país, la pena que le correspondería al autor no necesariamente tendrá que ser igual o inferior a la de los partícipes; so pretexto del amparo del principio de accesoriedad de la participación en función al hecho cometido por el autor; es decir, no se acoge aquella tesis doctrinal que indica que la pena del partícipe tendrá que ser la misma **pena concreta que la del autor**. En consecuencia, un instigador por ejemplo podría recibir una pena incluso mayor que la del autor, desde que siempre se ha interpretado que la "pena" del instigador se mide según su propio grado de injusto y culpabilidad individual dentro de los parámetros temporales abstractos del delito imputado del autor, independientemente de la pena concreta que le corresponda, pues ahí se ventilan los artículos VII (principio de responsabilidad subjetiva) y VIII del Título Preliminar (principio de responsabilidad por el hecho cometido) del Código Penal; el artículo 26 (circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores o partícipes no modifican las de otros intervinientes en el mismo hecho punible); el artículo 45 (principio de corresponsabilidad del Estado) y artículo 46 (criterios de determinación judicial de la pena) del Código Penal.

(538) Véase, en este sentido el Expediente N° 013-03 de fecha 11 de diciembre de 2007, expedido por el Vocal Supremo Instructor, Dr. Pedro Guillermo Urbina Ganvini, sobre el "caso allanamiento" contra el expresidente Alberto Fujimori.

# VIII. La complicidad

## 1. Aspectos generales

Para distinguir entre los intervinientes en el hecho ajeno que se produce con anterioridad o coetaneamente a la ejecución del injusto típico y la que tiene lugar con posterioridad a ese momento, la doctrina ha distinguido entre **participación propia**, donde se incluyen las formas de inducción, cooperación necesario y cómplice y **participación impropia**, que comprende el encubrimiento(539). Teniendo en consideración que la complicidad criminal –en igual sentido también para la coautoría, autoría, instigación, etc.– como título de imputación responde a la llamada vinculación personal, como parte integrante de la teoría de la imputación concreta que tiene que realizarse en un proceso penal que respete las garantías constitucionales y procesales. Solo si se logra acreditar que el sujeto sea considerado cómplice de un delito, diremos que ha existido vinculación personal con los hechos materia del proceso.

Es obvio que la vinculación personal existirá solo si existe el delito. No puede haber autor o cómplice sin un delito previo, y como todo delito tiene su marco de temporalidad de ejecución. Un delito no dura toda una vida, dura en la medida en que dure la ejecución del delito principal realizado por el autor. La complicidad responde a criterios de asignación de imputación personal, si bien la participación criminal tiene que ver con la existencia o materialidad del delito, este no se agota ahí, más bien es su presupuesto necesario.

La complicidad, al igual que la instigación forma parte de la participación criminal. La ley prohíbe consumar el delito no solamente a la persona del autor, sino también a los que ayudaron a la realización del hecho. Complicidad es el apoyo doloso a otra persona en el hecho antijurídico doloso cometido por esta(540). Es el que dolosamente presta asistencia o contribuciones para otra persona la realización de un delito doloso. El concepto de complicidad –y en general el concepto de participación en el Derecho Penal– es un concepto jurídico "periférico", es decir, su existencia en el escenario delictivo es por **fuera** del tipo penal de la parte especial que es realizado exclusivamente por el autor principal. Los actos de la complicidad como actos contributivos (aportes)

(539) SAINZ CANTERO, José A., 1985, p. 184.

(540) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, 2002, p. 744. Véase, en este mismo sentido: FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo II, Buenos Aires, p. 495: "Complicidad es el acto por el que dolosamente se pone una condición del hecho, coincidiendo en la resolución delictuosa, sin cumplir la acción típica, ni valerse de otro para ejecutarla".

no deben configurarse dentro de la descripción típica, se entiende que estos quedan fuera del tipo, pues de lo contrario podría hablarse de coautoría –en especial si se trata de complicidad primaria–. Ha de tratarse, por tanto, de una conducta con capacidad objetiva para hacer posible, facilitar, intensificar o asegurar la realización del hecho ajeno, de modo que ella misma supone un ataque accesorio, a través del autor, del bien jurídico protegido"[(541)]. La cooperación es la ayuda que el autor acepta, en forma tácita o expresa, es decir, que la cooperación siempre requiere una cierta coordinación entre autor y cómplice hacia la obtención del resultado típico. La complicidad es toda conducta con peligrosidad objetiva *ex ante*, consistente en la cooperación con actos físicos o psíquicos anteriores o simultáneos que contribuyen y favorecen causalmente la ejecución del hecho, incrementando el riesgo de lesión del bien jurídico por parte del autor, que también está protegido frente al cómplice. **Auxiliar** es prestar una contribución ocasional, no acordada, y por iniciativa propia de quien la proporciona, durante la ejecución del hecho. Es punible únicamente respecto de un partícipe primario[(542)]. **Cooperar** es realizar un aporte acordado, anterior o simultáneo al delito ajeno. Puede tratarse de cómplices primarios o secundarios.

En definitiva, también al partícipe se le imputa el hecho. El cómplice responde de la existencia (si bien en grado distinto) de la actividad tanto como el autor, puesto que también a él le pertenece el hecho principal. La aportación del partícipe forma parte del proyecto antinormativo conjunto, y con ella manifiesta un ataque a la vigencia de la norma idealmente comparable al que lleva a cabo el autor, que puede concretarse en la fundamentación de la idoneidad de la comisión del delito. La aportación del partícipe fundamenta la identidad de la comisión del delito haciendo suyo el hecho. O con otras palabras: con su aportación dispone una razón para **acceder** al hecho típico[(543)].

## 2. Las clases de complicidad

Empero, antes de dar respuesta a la interrogante planteada tenemos que saber qué se entiende por complicidad en la dogmática jurídico-penal, y cuál es el concepto (de complicidad) que recibe nuestro Derecho Penal. En realidad,

(541) PÉREZ ALONSO, Esteban. "La autoría y la participación en el Código Penal español de 1995 y en la reciente reforma penal". En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.), *Revista de Derecho Penal*. Autoría y participación III. Santa Fe-Buenos Aires, p. 165.

(542) BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R. *Código Penal y leyes complementarias*. Tomo 1, Buenos Aires, 2003, p. 423.

(543) ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito. Fundamentos y límites*. Madrid, 2003, p. 180.

tenemos que saber, previamente ante qué tipo de complicidad criminal estaríamos: ¿primaria-secundaria?; ¿material-intelectual? Para los efectos de la imposición de la pena, el legislador ha distinguido –siguiendo la tradición española y de acuerdo al modelo argentino– entre dos clases de complicidad: primaria y secundaria. La distinción entre "complicidad primaria" y "complicidad secundaria" depende de la importancia del aporte del partícipe. Importancia que no se deduce de la naturaleza misma de tal contribución, sino que deberá apreciarla el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular. Una correcta apreciación de tal importancia, implicaría llegar al convencimiento de que el aporte ha sido imprescindible para el autor. Aun cuando en la doctrina es sumamente cuestionable tal distinción(544), de acuerdo con las reglas de nuestro Código, el criterio de distinción es fundamentalmente objetivo. Depende de la importancia del aporte del cómplice en favor de la realización del hecho. Y de la determinación de la importancia de tal contribución se realizará mediante un juicio valorativo no solo en relación a la naturaleza intrínseca del aporte, sino, sobre todo, en relación con las circunstancias propias del caso particular.

### 2.1. La complicidad primaria

La complicidad primaria (cooperación necesaria) es una figura de participación intermedia que está a mitad de camino entre la autoría y la complicidad innecesaria, por lo que plantea una doble problemática. La primera consiste en fijar su límite máximo mediante la delimitación entre la coautoría y la complicidad (necesaria o no). La segunda cuestión que plantea esta singular figura es fijar su límite mínimo, mediante la delimitación entre la complicidad necesaria y la complicidad no necesaria. Al respecto López Peregrín menciona que "(…) el cómplice necesario interviene en la fase preparatoria estableciendo las condiciones que hacen posible la ejecución del hecho, mientras que el cómplice simple puede intervenir en la fase preparatoria o en la fase ejecutiva

(544) Al respecto, CEREZO MIR, José. "Cooperadores necesarios, coautores y cómplices". En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.), *Revista de Derecho Penal*. Autoría y participación III. Santa Fe-Buenos Aires, p. 17: "La distinción entre el cómplice necesario e innecesario, es una tarea insoluble. En la moderna ciencia del Derecho Penal se ha puesto claramente de manifiesto que no es posible medir la oficial causal de las diversas condiciones y que, aunque ello fuera posible, no sería decisiva para determinar la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad. De la misma opinión, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. "¿Es necesaria la cooperación necesaria?". En: DONNA, Edgardo Alberto (dir.), *Revista de Derecho Penal*. Autoría y participación II, Santa Fe-Buenos Aires, 2005-2, p. 160: "la situación actual es preferible a la que se derivaría de la supresión sin más de la figura de la cooperación necesaria, e incluso a la que se supondría su eliminación junto con el establecimiento del carácter facultativo de la rebaja de pena para la complicidad (aun sin desconocer que, dentro de esta propuesta, se pueden hacer matices que la hacen más aceptable)".

facilitando, favoreciendo o intensificando su ejecución"[545]. En relación a la complicidad primaria como bien analizaba el profesor Soler: "(…) no vale un criterio meramente temporal, en el sentido de que participe en la ejecución, en el momento mismo de ella, o que la 'presencie', como a veces se ha exigido. La calidad de cómplice primario no obedece a una razón cronológica sino sustancial; depende de la naturaleza de su aporte. No pueden distinguirse los partícipes en **inmediatos y mediatos** a la consumación, sino en **indispensable y no indispensables**"[546].

### 2.2. La complicidad secundaria

Al respecto la frase del artículo 25, segundo párrafo, del Código Penal establece, parte pertinente, que el aporte del **cómplice secundario** debe valorarse "(…) **de cualquier otro modo** (…)". El cómplice secundario solo es caracterizable negativamente; es el que ha prestado una colaboración **que no es indispensable** para la comisión del delito[547]. Las palabras cooperar de cualquier otro modo empleadas aquí por el Código, tienen un doble significado: por una parte se determinan los actos de complicidad secundaria por exclusión de los de cooperación necesaria, para los que se fija la pena determinada por el hecho en el artículo 25; por otra, se comprende cualquier forma de cooperación, física o psíquica, positiva o negativa[548]. Para Zaffaroni: "**La complicidad secundaria consiste en una cooperación que se presta al autor de un injusto**. La cooperación es la ayuda que el autor acepta, en forma tácita o expresa, es decir, la cooperación siempre requiere una cierta coordinación entre autor y cómplice hacia la obtención del resultado típico. El conocimiento de la ayuda y su aceptación por parte del autor, son presupuestos objetivos de la tipicidad de participación secundaria"[549].

## 3. Los requisitos de la complicidad criminal

Los requisitos de la complicidad se dividen en dos: objetivos y subjetivos

(545) PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. En: ZUGALDÍA ESPINAR, José (Dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban (Coord.). *Derecho Penal. Parte general*. Valencia, 2004, p. 740.
(546) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo II, Buenos Aires, 1963, pp. 276-277.
(547) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general.* Buenos Aires, 1999, p. 531.
(548) FONTÁN BALESTRA, p. 504.
(549) ZAFFARONI, p. 804.

### 3.1. Requisitos objetivos

Que, el acto de colaboración se haya prestado con prescindencia del dominar (sobre todo funcional) el hecho realizado por el autor. La colaboración se rige por el principio de accesoriedad, y que, el aporte tiene que ser necesariamente causal e imprescindible al hecho principal (si es cómplice primario); también el aporte será irrelevante y totalmente reemplazable (complicidad secundaria): el Código Penal (artículo 25, segundo párrafo) prescribe que: "A los que, de cualquier otro modo (…)".

### 3.2. Requisitos subjetivos

Que la complicidad debe ser dolosa, es decir que debe haber dolo en la contribución del cómplice. El Código Penal (artículo 25, segundo párrafo) prescribe: "(…) hubieran **dolosamente** prestado asistencia (…)".

## 4. La causalidad en la complicidad

Por ello, respecto a la participación criminal se puede decir en palabras de Sancinetti que la opinión actualmente dominante (...) se expresa en la forma de la llamada teoría del favorecimiento (o la acusación). Dice el autor argentino: "(...) según la teoría, el fundamento del castigo de la participación se halla en que el partícipe produce la acción típica y antijurídica del autor, es decir, cocausa la lesión del bien jurídico, sea generando el dolo del autor (instigador), sea favoreciendo su plan de acción (cómplice)"[550]. Por ello, Breglia Arias precisa que: "(...) para ser partícipes no basta el simple conocimiento de la perpetración del hecho; es menester una contribución al proceso causal (...)"[551].

Asimismo, Fierro sostiene que: Si en el juicio se imputa a Juan ser autor de un homicidio y a Pedro ser su cómplice, la acusación deberá probar que Juan cometió el *actus reus* con el apropiado *mens rea*, y en cuando a Pedro, deberá acreditarse no solo que él sabía que la acción de Juan tendía a matar dolosamente a la víctima, sino también que la ayuda que Pedro le prestaba a Juan, era conocida por el cómplice como útil para el propósito criminal perseguido por el homicida"[552]. Por su parte, Muñoz Conde al referirse a la complicidad secundaria sostiene que: "(…) no significa que cualquier acto de favorecimiento de un delito sea merecedor de la pena prevista para la complicidad:

(550) SANCINETTI, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de la acción*. Buenos Aires, 2001, p. 734.
(551) BREGLIA ARIAS, Omar et ál. *Código Penal y leyes complementarias*. Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 411.
(552) FIERRO, Guillermo. *Teoría de la participación criminal*. Buenos Aires, 2001, p. 97.

la conducta habrá de tener alguna eficacia causal, aunque sea mínima, en el comportamiento del autor y reunir, además una cierta peligrosidad (…) la conducta del cómplice ha de ser peligrosa, de manera que, desde una perspectiva *ex ante*, represente un incremento relevante de las posibilidades de éxito del autor, y con ello la puesta en peligro o lesión del bien jurídico. Ello ocurrirá cuando que, con su aportación, a la comisión del delito sea más rápido, más segura o más fácil, o el resultado lesivo más intenso que sin ella"(553).

Al respecto López Peregrín dice: "Pero si no toda conducta causal debe ser típica, no cabe imputar tampoco un resultado a una conducta no causal, ya que no es conveniente limitar la exigencia de causalidad exclusivamente a la actuación del autor: la causalidad es el presupuesto fundamental para la imputación objetiva del resultado en todo hecho consumado punible, también para la complicidad. La causalidad es, pues, un requisito necesario, pero no suficiente para afirmar la tipicidad objetiva de la aportación a un hecho ajeno"(554).

## 5. Criterios para diferenciar la complicidad primaria de la complicidad secundaria

Teóricamente, no se puede llegar a determinar una regla que sirva de clave para fijar en todos los casos quién debe ser calificado de "cómplice primario" o "cómplice secundario". Todo esfuerzo tendiente a ese fin se nos revela inútil y los resultados obtenidos son muy poco satisfactorios. Para diferenciar uno de otro hay que basarnos en el grado de eficacia de los actos realizados con referencia al resultado concreto, tal y como ha sido producido por el autor. Para esto recurriremos a un criterio intermedio entre el abstracto y el concreto. "La actividad desplegada por un cooperador en el delito será necesaria ("imprescindible") cuando ninguno de los que en él intervienen hubiera podido sustituirle. Si el acto realizado hubiera podido verificarse por cualquiera de los demás intervinientes, su cooperación habría de clasificarse en el de complicidad secundaria(555).

Citemos –por ejemplo– primero, el criterio de la "naturaleza intercambiable de las conductas". Su defensor, Rodríguez Devesa, dice que "circunscritos a los participantes efectivos en la comisión del delito, no resta más posibilidad que preguntarse si sus conductas son intercambiables o no". En el caso del "campana", concluye este autor, si los que actúan son dos, la complicidad

(553) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte general*. Valencia, 1998, p. 497.
(554) LÓPEZ PEREGRÍN. *La complicidad en el delito*. Valencia, 1997, p. 226.
(555) RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal español. Parte general*. Revisado y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Madrid, 1985, p. 817.

será necesaria; si son varios, innecesaria. De acuerdo al Derecho español y peruano, esto implicaría castigar siempre "como autor" al partícipe único a la acción delictuosa de un agente; sin considerar la importancia de su contribución.

Sería conveniente la complicidad por incremento del riesgo. Conforme a ello, bastaría que el cómplice haya aumentado la chance de la acción que cumple el tipo de producir el resultado, que la haya facilitado(556), por ejemplo, mediante un consejo técnico, que la haya acelerado por la entrega de instrumentos inapropiados, que le haya dado seguridad haciendo de campana. Si falta esta influencia en el hecho, si, por ejemplo, la palanqueta entregada al ladrón no es utilizada por este, ello queda en mera tentativa de complicidad, que en sí misma es impune.

Según Roxin sostiene que: "La condición necesaria (aunque no suficiente) de la imputación a la participación es, efectivamente, la causación accesoria de un hecho del autor (sea de consumado o tentado), típico y antijurídico. En ello la causación es el criterio general y su accesoriedad, el criterio de imputación específico de la participación. Pero al igual que para la imputación al autor, para la imputación al partícipe también debe adicionarse a la causalidad (accesoria) su basamento de una creación de peligros legalmente desaprobados"(557). Por su parte, Silvestroni afirma que: "Un camino más seguro es acudir a la teoría de la condición, siempre que se admita la consideración de cursos causales hipotéticos, ya que de lo contrario se llegaría al mismo resultado. Por ejemplo, A quiere matar a B y se lo comenta a C; le muestra todas las armas que tiene disponibles para ejecutar su plan y le pide consejo sobre cuál utilizar; C directamente le presta su arma diciéndole que le traerá buena surte porque a él siempre se la trajo; A mata a B con el arma de C. En ese caso es evidente que el hecho tal como ocurrió (muerte de B a manos de A con el arma de C) no habría sucedido sin el aporte de C, porque este forma parte integrante del suceso, pero si incorporo cursos causales hipotéticos, el método es útil porque permite considerar valorativamente la importancia del aporte"(558).

Un segundo ejemplo, es el de la denominada teoría de los bienes escasos, sostenida por Gimbernat. Según él, es de "acudir al sentido de la imprescindibilidad de una condición del resultado en el lenguaje corriente". Y en este, siempre según el mismo jurista, "se habla de aportaciones necesarias para un

(556) STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte general I.* Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 2005, p. 428.
(557) ROXIN, Claus. "Acerca del fundamento penal de la participación". Traducción de Manuel Abanto Vásquez. En: *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima, 2007, p. 507.
(558) SILVESTRONI, Mariano. *Teoría constitucional del delito*. 2004, p. 280.

resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de los medios". El "mejor camino a seguir" para determinar la "escasez de los medios" (instrumentos o actos en que consiste la complicidad), sería "pronunciar un juicio general y provisional". Tal juicio se convertiría en "definitivo cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares" (circunstancias de tiempo y lugar). Gimbernat da diversos ejemplos para mejor explicar su posición. Tomemos uno solamente: la entrega de 200,000 pesetas al autor del delito. Al respecto, afirma la escasez de este medio para el caso normal ("persona de fortuna media que delinque en España"). Luego, señala que "las 200,000 pesetas (...) dejan de ser una contribución de un bien escaso (...) si se comprueba que tenía (el autor) una fortuna personal de muchos millones de pesetas". A esto se podría objetar que entre gente adinerada nunca podría darse una complicidad necesaria consistente en la entrega de dinero. También se puede criticar que la imprecisión es trasladada a otro nivel, como es el de saber cuánto de dinero debe de tener el autor, "en su cuenta corriente", para estimar que las 200,000 pesetas son para él un bien escaso. Gimbernat indica que si el autor tiene 200,000 pesetas, todavía las 200,000 pesetas que se le entregan es un bien escaso para él, por cuanto no puede decir "a mi 200,000 pesetas me sobran, no me hacen falta". Para que no sea escaso, debería poseer "mucho más que una cuenta corriente de 200,000 pesetas". ¿Pero, cuánto "mucho más"?

Además, el autor citado sostiene que la conciencia del cómplice que entrega la cosa a un ejecutor que tiene "dificultades" para adquirirla o de su obtención no le representaba un "serio problema", es lo único que decide sobre la mayor o menor responsabilidad de la conducta del partícipe y lo "único que debe ser tenido en cuenta para decidir la cuestión: cooperación necesaria o mera complicidad". La admisión de este criterio significa un retorno a la concepción subjetiva y al problema de cómo comprobar lo que realmente sabía el partícipe, sin hacer depender la solución de lo que él no diga o sin recurrir a un criterio formal. A esto último, parece conducir la tesis de Gimbernat, cuando sostiene que "por lo general, el juicio definitivo sobre la escasez del bien no hará sino confirmar el juicio provisional en el que solo se tuvieron en cuenta los factores generales". Hay que acentuar la idea de Gimbernat en cuanto señala que el juicio *ex ante* es el único que permite una calificación justa de la actividad del partícipe. "Si yo quiero contribuir a un delito, lo único que puedo saber en el momento de realizar la prestación es si el objeto que entrego es uno cuya obtención presenta dificultades o no las presenta en absoluto; esto es si el objeto es escaso o abundante. La conciencia de la entrega en esas condiciones es lo que decide sobre la mayor o menor reprochabilidad de la conducta.

Mediante el juicio valorativo que debe efectuar, el juez ha de concluir afirmando el carácter indispensable o no de contribución del cómplice, para lo cual tendrá en consideración las posibilidades que tenía el autor. Esto no significa que él tenga que comprobar si no existía un tercero, también dispuesto a prestar la ayuda en que consistió la intervención del cómplice y/o si el mismo autor podía proveerse de los medios proporcionados por aquel. Imponer tal tarea al juez sería exigirle lo imposible. Dos extremos deben evitarse. Primero, el recurrir a un criterio hipotético consistente en la supresión *in mente* del aporte del cómplice y preguntarse qué hubiera sucedido en tal caso. Segundo, el reducir el problema a un asunto de pura causalidad, haciendo depender la distinción de que se determine la naturaleza de "condición" del acto de complicidad. La doctrina se inclina por la concepción concreta, pues resulta casi imposible concebir una hipótesis de necesidad absoluta, de modo que no pudiera realizar el delito sin la ayuda recibida, no incluyendo para esa concreción supuestos ficticios consistentes en la posible participación de personas ajenas totalmente a los hechos(559).

## 6. El dolo como elemento subjetivo de la complicidad

No solo la causalidad es un elemento para la configuración de la complicidad, sino también se hace necesario la presencia del dolo del cómplice en el hecho ejecutado por el autor. A través del dolo es que se maneja y conduce la relación de causalidad de los hechos imputados y fijados por el autor. Resulta indispensable entonces que la actuación del cómplice tenga algún tipo de relación (aporte causal) con el hecho del autor. El cómplice solo responde y es punible hasta el límite de su convergencia intencional con el autor. De manera que no es el delito cometido por el autor sino la medida de la cooperación (auxilio o ayuda) prestada, lo que determina la responsabilidad del cómplice. Es la subjetividad del cómplice y no la del autor lo que marca el límite de la responsabilidad accesoria del partícipe. De la misma manera si la intención es lo que marca el límite de responsabilidad con respecto a la comisión de un hecho más grave que el querido por el partícipe, ese límite no se extiende más allá del hecho efectivamente cometido, cuando este es menos grave que aquel que el cómplice entendió que se llevaría a cabo (el autor hiere a una persona, mientras el cómplice asintió cooperar a su muerte), porque la pena no alcanza a las intenciones, sino a los hechos(560).

(559) GONZALES CAMPOS, Robinson. En: Castillo Alva, José Luis (coordinador). *Código Penal comentado*. Tomo I, Lima, pp. 937-938.

(560) Véase: BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R. *Código Penal y leyes complementarias*. Tomo 1, Buenos Aires, 2003, p. 435.

Así, recogiendo lo expuesto por la doctrina comparada, el artículo 25 de nuestro Código Penal legisla los supuestos de participación criminal, y al definir el supuesto a la complicidad secundaria establece que: "A los que, de cualquier otro modo, hubieran **dolosamente** prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena". De esta forma el legislador peruano ha querido resaltar expresamente también una parte subjetiva en la complicidad secundaria o innecesaria, al exigir al sujeto, cuyo aporte no ha sido relevante para efectos consumativos, la exigencia de una intervención dolosa. Véase que la exigencia "dolosa" del sujeto está tanto en la complicidad primaria como en la complicidad secundaria. El **"prestar asistencia"** en un hecho punible puede interpretarse de muchas maneras, y obviamente no solo es determinante un aspecto netamente "objetivo", como alguna doctrina pretende hacerlo (en el momento del aporte), es necesario también un aporte "subjetivo". El prestar asistencia debe hacerse dolosamente, aun cuando el aporte no sea relevante causalmente para consumar el delito. El mismo dolo del cómplice debe ser el del autor ("congruencia subjetiva del partícipe en relación al autor" o lo que se llama el "doble dolo").

Respecto a este punto se ha pronunciado la doctrina (nacional y extranjera). Así el Hurtado Pozo apunta que: "La complicidad en la comisión de delitos especiales (propios e impropios) o de delitos de propia mano es posible, puesto que la calidad especial que exige el tipo legal (delitos especiales) y la necesidad de realizar personalmente la acción típica (delitos de propia mano) son requeridas para el autor, pero no para los partícipes. Conviene precisar que en el caso de los delitos especiales, la circunstancia que fundamenta la represión o que la agrava debe ser comprendida por el dolo del cómplice"(561). En igual sentido, Villavicencio Terreros sostiene que: "El cómplice debe actuar dolosamente, por lo que no se admite una complicidad culposa en un delito doloso o culposo. Asimismo, el cómplice debe colaborar en un hecho doloso, por ello no se admite una complicidad dolosa en un delito imprudente. El dolo del cómplice debe estar referido al acto de colaboración y a la ejecución del hecho principal, por lo que se habla de un doble dolo"(562).

Por ello, Stratenwerth nos dice que el hecho generado por el cómplice: "debe haber sido no solamente adecuado al supuesto de hecho típico y antijurídico, sino también cometido dolosamente"(563). En ese mismo sentido, se pronuncia Bustos Ramírez al manifestar que: "la complicidad es la colaboración

(561) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Lima, 2005, p. 904.
(562) VILLAVICENIO TERREROS, Felipe. "Autoría y participación". En: *Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I, Lima, p. 735.
(563) STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte general I*. p. 269.

dolosa en un hecho doloso determinado por actos anteriores o simultáneos a la realización"[564]. Por su parte, López Barja de Quiroga al comentar el elemento subjetivo de la complicidad, confirmando lo señalado sostiene que: "la complicidad es dolosa. El cómplice debe actuar dolosamente, por lo que su conocimiento debe abarcar que mediante su aportación presta ayuda a otro para facilitarle la ejecución del hecho"[565]. Con mayor precisión, Parra Gutiérrez señala que los: "cómplices son quienes dolosamente contribuyen a la producción del resultado criminal mediante una colaboración, auxilio o cooperación de variable entidad, prestado al autor o autores"[566].

En igual sentido, Fierro, cuando se refiere al tema del dolo en la complicidad sostiene: "Por ello, según se verá luego, un principio fundamental (y que condiciona su existencia) es el de convergencia objetiva y subjetiva. (...) lo que no es admisible es que el cómplice no sepa que está ayudando, pues si lo ignora, no hay participación. Quien presta una ayuda eficaz creyendo que está cooperando a la realización de un acto lícito, no es cómplice del autor en el mencionado hecho"[567]. Donna, en cuanto al dolo del partícipe (cómplice secundario), nos dice: "No solo el autor principal debe actuar con dolo, sino también el partícipe, quien debe realizar su aporte en forma dolosa. El dolo del partícipe debe dirigirse a la producción de la consumación del hecho típico principal de manera que siempre deberá hablarse de un dolo en referencia a un tipo penal determinado. Por ende debe existir la conciencia y voluntad de cooperar en un hecho delictivo de otro"[568].

## 7. El momento en que debe producirse la contribución del cómplice

Una de las reglas básicas en la teoría de la participación criminal es que el momento del aporte del partícipe debe producirse en la fase de preparación como de la ejecución del delito, mas no en fase del agotamiento, es decir, cuando es jurídicamente imposible establecer aportes causales de los intervenientes en el evento delictivo. El *iter criminis* tiene un inicio y un final, y solo en ese lapso temporal puede imputarse contribuciones al resultado típico, de acuerdo a su grado de responsabilidad. López Peregrín ha dicho que

(564) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 1087.
(565) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte general.* Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, p. 387.
(566) PARRA GUTIÉRREZ, William. *Delitos contra la Administración Pública*. Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 45.
(567) FIERRO, Guillermo. *Teoría de la participación criminal*. Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, 2001, p. 480.
(568) DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. Rubinzal-Culzoni, 2ª edición, Buenos Aires, 2002, p. 99.

la "(…) complicidad puede tener lugar por actos simultáneos a la ejecución, pero no por actos posteriores a esta: la doctrina mayoritaria coincide en negar la complicidad en aportaciones realizadas cuando la lesión o puesta en peligro del bien jurídico ya ha tenido lugar"(569).

En determinadas hipótesis delictivas (delitos de simple actividad**,** de emprendimientos, omisión propia, etc.) no cabe participación cuando el hecho ha sido consumado, salvo las excepciones y particularidades que puedan plantearse para los delitos permanentes en los cuales se extiende la consumación hasta que cese dicho estado. En suma, pues, no existe participación criminal cuando el delito se ha agotado(570). Por lo demás resulta totalmente errado postular la hipótesis que pueda existir colaboración o instigación en fase de agotamiento del delito; lo que sí podría dar cabida a un delito autónomo como el encubrimiento (real o personal) pero como título de autoría(571). Lo que importa es que la conducta del partícipe haya sido exteriorizada antes de la producción del resultado lesivo o peligroso, de manera que este haya podido contribuir efectivamente al resultado típico. Más allá de la eficacia causal no se concibe lógico ni jurídicamente una conducta del partícipe. Por consiguiente no constituye participación criminal alguna, dado que la doctrina es unánime al afirmar la imposibilidad de alguna forma de participación posterior a la consumación(572).

Empero, la ciencia penal ha establecido que la participación criminal, y concretamente en la complicidad secundaria se puede participar en actos de preparación y de ejecución, inclusive algunos autores señalan que pueden participar después de la consumación siempre que exista un **acuerdo previo**(573). En el Código Penal peruano no existe la figura de la complicidad *subsequens*.

(569) En este sentido: LÓPEZ PEREGRÍN. 1997, p. 304 en relación con el agotamiento sostiene que "es aquel en el cual el autor ha logrado producir todos los efectos dañosos que eran consecuencia de la violación perpetrada y a los cuales tendía el agente de modo tal que no quedara espacio para modificar ya la situación, va de suyo que es posible participar en un delito consumado, pero no agotado, cuando el aporte se brinda antes que la última etapa se encuentre concluida".

(570) FIERRO, 2001, p. 59.

(571) Véase, para más detalles: SÁNCHEZ-OSTIZ GUITÉRREZ, Pablo. *Los delitos de encubrimiento. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*. Lima, 2005, p. 36: "Se halla muy extendida en la doctrina la afirmación de que el encubrimiento no constituye una forma de participación, sino un delito **no autónomo**, aunque accesorio".

(572) Por citar a algunos autores como: BETTIOL, 1965, p. 505. DONNA, 2002, p. 108 al referirse al momento de prestación de ayuda del cómplice nos dice que: "No creemos que se pueda discutir que la complicidad es posible antes o durante el hecho y hasta su consumación material (...) La aportación posterior, en principio, entra como delito autónomo punible como encubrimiento".

(573) FIERRO, 2001, pp. 510-511: "prosiguiendo con el análisis de la naturaleza jurídica de la figura del cómplice *subsequens*, surge con toda nitidez que lo esencial es la promesa previa, la cual debe haber sido creíble para el autor", PARRA GUTIÉRREZ, William René. *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, 1998, p. 45.

Por el contrario, en el Código Penal argentino sí existe esta figura. Es más el artículo 46 establece que la complicidad secundaria son "(…) los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho", incluye asimismo en la misma categoría a "los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo". Los supuestos de "promesa previa" de realizar una actividad con posterioridad a la consumación, son supuestos de complicidad, precisamente por la existencia de dicha promesa previa. El cómplice es secundario, cuando la cooperación es accesoria o presta un auxilio posterior, cumpliendo promesas anteriores. La ayuda que presta el cómplice secundario, puede ser antecedente, concomitante, y subsiguiente al delito.

También habrá que citar a la jurisprudencia internacional que ha sido favorable a admitir formas de participación criminal posteriores a la consumación del crimen: en el caso Tadic la Sala de Juicio del Tribunal penal Internacional para la Ex Yugoslavia declaró en la sentencia del 7 de mayo de 1997 que la complicidad implica "apoyar la actual comisión, antes durante, o después del incidente" y que el cómplice será responsable de todo aquello que naturalmente resulte de la comisión del acto en cuestión, siguiendo con ello la teoría inglesa de la *concerned in the killing*(574). Muchas veces en el ámbito del Derecho internacional (público) no se sigue al "pie de la letra" lo que la dogmática jurídico-penal indica. Una prueba de ello es que precisamente, admite participación criminal posconsumación, entonces, debemos preguntarnos: ¿Los principios que exige la dogmática jurídico-penal es solo de competencia exclusiva para los penalistas o debe tener vigencia en otros ámbitos jurídicos como en el Derecho internacional o constitucional? Definitivamente, es un asunto que debemos replantearlo, si queremos que la ciencia penal tenga vigencia "universal".

Al respecto Donna dice: "No creemos que se pueda discutir que la complicidad es posible antes o durante el hecho y hasta su consumación material (…) Además la complicidad cabe hasta la terminación material del hecho material. Ejemplo: cuando los ladrones ya han emprendido la fuga, cabe aún la complicidad en el hurto, mediante el empleo de violencia contra el dueño. La aportación posterior, en principio, entra como delito autónomo punible como encubrimiento del artículo 277. En cambio entran la complicidad aquellos supuestos contemplados en el artículo 46 del Código Penal"(575).

(574) Véase, en este sentido: CARO CORIA, Carlos. "La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional". En: *Ius et Veritas*. N° 23, Lima, p. 262.

(575) DONNA, Edgardo Alberto. *Autoría y participación criminal*. Santa Fe-Buenos Aires, 2002, pp. 108-109.

A nivel doctrinario, tenemos que citar a Hurtado Pozo que dice: "Según la doctrina dominante, el acto de complicidad puede tener lugar en cualquier momento durante el comportamiento del autor: desde los actos preparatorios hasta la consumación, y en algunos delitos hasta el agotamiento (…)[576]. Sin embargo, Hurtado Pozo destaca que en "(…) caso de prometerle ayuda al autor, una vez que haya cometido el delito, se habla de complicidad psicológica o intelectual; por ejemplo ayudar al ladrón, conforme a la promesa hecha antes de que cometiera el delito, a transportar los bienes hurtados. En este caso, el cómplice no será reprimido por el acto que ha cometido después de la ejecución de la infracción, sino por haber alentado al autor mediante la promesa de ayudarlo"[577]. En igual sentido, García Cavero: "(…) una participación punible solo es posible mientras se realiza el delito. La intervención posterior, aunque sea antes de que aparezca el presupuesto de la punibilidad requerida por la ley, solo podrá dar lugar a una intervención post ejecutiva que abra la posibilidad de castigar al interviniente como encubridor, pero, de ninguna, podrá fundamentar como partícipe"[578]. Villavicencio Terreros dice que: "En relación al momento en que el cómplice puede otorgar su aporte, se ha establecido que puede darse tanto en la etapa de preparación como en la ejecución, pero no después de la consumación del hecho"[579]. Por su parte, Rojas Vargas dice que: "Por lo general, los aportes de los cómplices adquieren relevancia penal solo si el comportamiento del autor-coautor se halla ya como mínimo en fase de comienzo de ejecución. Ello significa que pueden existir aportes de complicidad en los actos de tentativa del autor-coautor"[580].

Sin embargo, en la doctrina penal nacional puede citarse a Gonzales Campos quien citando al profesor argentino Fontán Balestra –que en dicha legislación se permite el acuerdo previo– admite la posibilidad de la complicidad criminal por promesa previa. Así, el mencionado autor dice: "Se trata de prestar una ayuda posterior cumpliendo una promesa previa al hecho, de otro modo sería encubrimiento. Esta ayuda posterior a la ejecución del hecho comprende a los cooperadores necesarios y no necesarios". "El acuerdo puede tener lugar con cualquiera de los que intervienen en el delito, autor o partícipe. La complicidad exige una acción, la promesa por sí sola, carece de entidad penal, sería tentativa de participación, es decir, impune"[581].

(576) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Lima, 2005, p. 901.
(577) Ídem.
(578) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico*. Tomo I, Lima, 2007, p. 906.
(579) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Lima, 2006, p. 523.
(580) ROJAS VARGAS, Fidel. *Estudios de Derecho Penal*. Lima, 2004, p. 192.
(581) GONZALES CAMPOS, Robinson. En: Castillo Alva, José Luis (Coordinador). *Código Penal comentado*. Tomo I, Lima, p. 942.

En el Perú también se ha seguido la línea esbozada por el derecho comparado; así habrá que citar la Ejecutoria Suprema de fecha 23 de agosto de 1999 (Recurso de Nulidad N° 2345-99) en el único considerando dice: "Que la condición de cómplice, solo la puede tener el sujeto que dolosamente, haya prestado asistencia de cualquier modo, para la realización del hecho punible, ya sea en la frase previa a la iniciación de la ejecución del delito o en la ejecución del mismo, pero de ninguna manera puede calificarse como cómplice al sujeto que haya intervenido después de la consumación del ilícito en mención"(582). En la Sentencia de fecha 16 de mayo de 2005, Expediente Nº 024-2002, en el "caso Nicolás de Bari Hermoza Ríos y otros", expedida por la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el considerando 126 expresa lo siguiente: "Por tanto, Juana Curros y sus dos hijos al dar su consentimiento para abrir las cuentas del banco Edmond de Rothschild participaron en el hecho delictivo con pleno conocimiento de la procedencia ilícita del dinero, conducta que se materializó con actos coetáneos al delito de cohecho propio, permitiendo que los depósitos continuaran efectuándose hasta el año dos mil uno. Doctrinariamente la complicidad solo puede ser penalizada si la aportación de los cómplices se da en la fase de preparación como en la etapa de ejecución, ya que no hay una complicidad posterior a la consumación "pues la contribución al hecho delictuoso ha de ser anterior o simultánea en tanto sea útil para la ejecución del plan del autor pero nunca posterior" (Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2976-2004) descartándose una participación en el momento posterior a la consumación".

Pero ya Reyes Echandía decía lo siguiente: "La complicidad subsiguiente se presenta cuando el cómplice interviene después de que el autor material ha consumado el hecho; esta clase de participación solo constituye complicidad cuando la colaboración a posteriori ha sido fruto de un acuerdo previo a la comisión del hecho típico; cuando tal concierto no ha tenido ocurrencia y el conocimiento del delito se tiene después de su consumación, pese a lo cual se presta ayuda al delincuente, surge la figura del encubrimiento (…)". En la legislación colombiana solo hay un tipo de complicidad, no existe la distinción de primaria o secundaria, la contribución puede ser antecedente, concomitante y subsiguiente(583).

En la legislación penal comparada, por ejemplo, pueden citarse los Códigos de Argentina y de Colombia que sí admiten la "promesa previa" como factor de complicidad en el delito. Así, el artículo 46 del Código Penal argentino

(582) Extraído de ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal y procesal penal*. Tomo I, Lima, p. 307.
(583) REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal. Parte General*. 1990, Bogotá, p. 135.

dice: "Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad". El artículo 47 del Código Penal argentino dice: "Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada a cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar". Asimismo, en la legislación comparada el Código Penal de Colombia, en el artículo 30, regula el tema de los partícipes (partícipes el determinador y el cómplice): "Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica **o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma**, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad". En nuestro Derecho Penal desde el Proyecto del Código Penal de 1984 en el artículo 41 se regulaba la llamada complicidad *subsecuens*. Así, aquella norma penal prelegislativa decía textualmente lo siguiente: "El que presta auxilio para la realización del hecho punible, aunque ese auxilio se limite a la prestación de ayuda posterior a su consumación, será reprimido con la pena establecida para el delito o disminuida hasta una tercera parte". La única construcción posible en el Derecho peruano de una figura de "colaboración criminal posterior a la consumación típica" es que en la parte especial se tipifique como delito sui géneris, en salvaguarda del principio de legalidad. Es más si el delito de encubrimiento (real o personal) no estuviera como delito en la parte especial sería una conducta de agotamiento atípico, pues sería una participación post-consumativa del delito realizado y que como nuestra parte general solo se tolera el castigo de la complicidad por actos preparatorios y simultáneos a la consumación realizada por el hecho punible (exigencia de la accesoriedad cuantitativa o de los grados de ejecución del delito). En los antiguos códigos penales se regulaba el "encubrimiento" o la "promesa anterior para colaborar posteriormente" como forma de participación en la parte general, aunque como hemos visto el Código Penal colombiano, de reciente data (2000), regula expresamente el acuerdo previo en la parte general.

## 8. La complicidad psicológica

### 8.1. Consideraciones sobre la complicidad psicológica

Los medios de la complicidad son ilimitados de forma que esta se presenta como cualquier favorecimiento doloso del hecho doloso ajeno, y en esa medida los actos de complicidad no solo implican un aporte en términos

físico-causales, sino que ella también puede consistir en un apoyo psicológico-intelectual. Quien lleva a cabo una de esas aportaciones es (al menos) cómplice. En este sentido: Stratenwerth enfatiza que "según el principio de la participación en el ilícito, un aporte real al acontecer típico, que puede consistir, según la concepción tradicional, tanto en una intervención externa como en un apoyo psíquico"(584). Y en este último apoyo afirman Muñoz Conde y García Arán que "también cabe la complicidad psíquica, que puede consistir en un asesoramiento técnico (por ejemplo, quien explica al autor la forma más fácil de pasar ilegalmente droga por una aduana), o en un reforzamiento de la voluntad delictiva debilitada en el autor (por ejemplo, cuando es el apoyo moral de un sujeto el que termina por decidir al autor del delito a ejecutarlo)"(585).

Este aporte otorgado por el cómplice no debe ser el que haga surgir en el autor la decisión a la realización del hecho punible, pues en ese caso estaremos ante una instigación. Para que haya complicidad psicológica-intelectual, la influencia debe significar un apoyo a la decisión ya tomada por el autor(586). Ejemplos de la prestación intelectual de ayuda pueden mencionarse los consejos (en tanto no exista inducción) o indicaciones, el llamado de atención sobre posibilidades adecuadas de un delito, la prestación de asesoría jurídica relativa a la ejecución más adecuada del hecho, la entrega de objetos que sirvan para impedir la individualización del autor, el fortalecimiento de la resolución delictiva(587). Un caso de complicidad psíquica es el hecho de explicar el funcionamiento del arma o de una máquina, o el de proporcionar datos sobre la víctima o dar consejos y fortalecer así al autor en su decisión delictiva.

Fierro al respecto dice que: "Cuando por medio de consejos se induce al autor a realizar una determinada acción delictiva, si ella es aceptada y comenzada a ejecutar, estamos en presencia de una instigación. En cambio, si el consejo o las instrucciones tienden a enseñar cómo se lleva a cabo el hecho que el autor ya se había propuesto hacer, o se proponen convencer a la víctima de que se dirija a un determinado lugar para allí ultimarla, nos encontramos con

(584) STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte general I.* Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 2005, p. 427. Véase, en este sentido: JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 813.

(585) MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general.* Valencia, 2002, p. 465.

(586) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Lima, 2006, p. 521.

(587) MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general 2*. Traducción de la 7ª edición alemana de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995, p. 453.

que la palabra, a diferencia del caso anterior, no tiene un influjo moral sobre el agente, sino más bien una consecuencia física sobre el hecho"[588].

Hurtado Pozo es elocuente cuando afirma que: "La presencia en el lugar de los hechos no constituye complicidad salvo que sirva para fortalecer la voluntad del autor de cometer el hecho punible"[589]. En tal sentido, el profesor argentino Soler resulta elocuente cuando analiza el tema de las clases de aportes en materia de complicidad secundaria. "No existe en la ley exigencia alguna acerca de la naturaleza de esa acción; el que 'coopera de cualquier otro modo', dice. En consecuencia, puede entrarse en este segundo grado de responsabilidad tanto por el aporte de acciones físicas, como también por la suministración de instrucciones: en materia de participación la palabra puede ser tan delictiva como los hechos"[590].

Por último, en cuanto a la admisibilidad de la imputación a título de complicidad psicológica, en la doctrina penal peruana y comparada existe discrepancia. Una de las más fuertes críticas es que la complicidad psíquica implica valorar una cierta dosis de injerencia del fuero interno *in extremis* por parte del sujeto colaborador. Si bien en el Derecho Penal también interesa la subjetividad del sujeto que interviene en el delito, en la complicidad intelectual el sujeto colaborador precisamente no realizó ninguna conducta material que vincule "física" y "objetivamente" con los hechos que realizó el autor principal. Por tal motivo, ahí radica el serio cuestionamiento a esta forma especial de complicidad criminal pues se sale el marco estatuido del Derecho Penal de acto o de acción, y penetra lamentablemente al campo del llamado "Derecho Penal de autor" o mejor dicho "complicidad de ánimo". Tampoco en la jurisprudencia peruana existe una real aplicación.

### 8.2. La llamada "causalidad" en la complicidad psicológica-intelectual

La complicidad psicológica enfrenta una suerte de mezcla insalvable entre criterios físicos y morales en cuanto al aporte se refiere, por ello, a mi juicio, en algunos casos podría tratarse de una complicidad **mixta** en la medida que tiene como base la complicidad material y luego se convierte en una complicidad psicológica. Por ejemplo: en el hecho de que el cómplice preste un arma de fuego al autor para que este realice un homicidio se trata de un cómplice material, sin importar si es cómplice necesario o innecesario.

(588) FIERRO, Guillermo Julio. *Teoría de la participación criminal*. Buenos Aires, 2001, p. 477.
(589) HURTADO POZO, 2005, p. 898.
(590) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo II, Buenos Aires, 1963, p. 287.

Sin embargo, si el mismo cómplice luego de haberle prestado el arma, lo instruye al autor principal de cómo funciona adecuadamente dicha arma, y en qué momento debe emplearlo para ejecutar –sin riesgo propio– el homicidio se trata de una complicidad psicológica. La pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿Qué factor causal ha sido determinante para la realización del delito del autor principal? El hecho de haberle prestado el arma resulta irrelevante a los efectos de considerar un aporte. La instrucción y el asesoramiento que realizó el cómplice ha sido el factor determinante para que el aporte sea fundamental para la realización del homicidio.

En la complicidad criminal psicológica también es necesaria un grado de causalidad material entre la ayuda intelectual del partícipe y el resultado típico finalmente acontecido en el plan del autor principal. Así, por ejemplo, en este punto Jescheck y Weigend sostienen que: "No puede ponerse en duda que también puede ser causal para el hecho un auxilio psíquico en el sentido de su facilitación o favorecimiento, solo que aquí tampoco se puede preguntar por la causalidad en el sentido de la fórmula de la *conditio sine qua non*, esto es, la de si el hecho no hubiera acaecido ante la ausencia de la acción de complicidad. Solo a través de esta relajación del requisito de la causalidad pueden subsumirse los casos de complicidad psíquica bajo el parágrafo 27. De otro lado, se pierde con ello el criterio seguro para la respuesta a la pregunta de si una aportación concreta ha "favorecido" el hecho principal. Aquí se deberá atender rigurosamente al curso concreto del hecho y cuestionarse si en él se encuentra la aportación correspondiente como elemento necesario; no resulta decisiva la importancia abstracta de la decisión de la acción de auxilio"(591).

Stratenwerth ha dicho que: "A esta construcción se conecta el peligro de una pena de sospecha que viene mezclada con la exigencia de un aumento real del riesgo. Por ello, no puede ser considerada ya la mera aprobación del hecho como complicidad, sino solamente la influencia psíquica comprobable, por ejemplo, en la eliminación de las últimas dudas e inhibiciones del autor"(592). Por su parte, Samson opina que la causalidad de tales influencias internas apenas si se podrían probar alguna vez, de manera que a través de su punición en realidad se están comprendiendo casos de tentativa de complicidad, lo cual atenta contra el principio *in dubio pro reo*(593).

(591) JESCHECK y WEIGEND, 2002, p. 747.
(592) STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte general I.* Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 2005, p. 428.
(593) Citado por ROXIN. "¿Qué es la complicidad?", p. 549.

## 8.3. Las clases de complicidad psicológica

En la complicidad psíquica hay que diferenciar dos grupos de caso: el "consejo técnico" y el "reforzamiento de la decisión delictiva"[(594)].

### 8.3.1. El consejo técnico

Es el que proporciona indicaciones o asesoramiento que facilitan el hecho, sea que estas lleguen a su conocimiento por vía de su experiencia, de su especial capacitación personal o profesional o de sus indagaciones previas. Es toda conducta de apoyo al autor de un delito que consista en un consejo sobre la forma o el momento de cometer un delito. En tal sentido, el llamado entregador es cómplice psíquico o intelectual, como también lo es el planificador (en tanto que ninguno asume el rol de instigador), y el acto de colaboración del consejo técnico puede dar en forma anterior o en forma coetánea a la realización del hecho principal.

El consejo técnico que brinda el cómplice tiene que ser necesariamente relevante a los efectos de la realización del hecho principal. De manera tal que la posibilidad de ser cómplice primario resulta ser altamente probable.

Los ejemplos del consejo técnico pueden ser:

- Si A aclara a B cómo se abre una puerta con una lima de uñas, o le dice cuándo es el mejor momento para entrar a robar a una casa, su conducta es tan causal como si le hubiera prestado una ganzúa.

- Quien explica al autor cómo se abre "artísticamente" una caja fuerte, o quien le comunica cuándo no está en casa el propietario, modifica el modo concreto de la ejecución del hecho y es exactamente igual de causal que un autor que proporciona contribuciones físicas[(595)].

### 8.3.2. El reforzamiento de la decisión delictiva

El reforzamiento de la actividad delictiva es la que más problema plantea a la ciencia penal. Entre otros casos se plantea cuando fracasa el auxilio material verdaderamente planificado por el cómplice (el autor no hace uso de la herramienta suministrada pero se siente reforzado en su resolución delictiva por

(594) LÓPEZ PEREGRÍN. 1997, p. 310.
(595) ROXIN, Claus. "¿Qué es la complicidad?". Traducción de Manual Abanto Vásquez. En: *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima, 2007, p. 544.

la oferta de ayuda)[596]. Necesariamente la decisión delictiva del autor debe estar afirmada y conocida por el cómplice, para a partir de ahí decidirse si apoya o no tal decisión. Resultará más difícil, en consecuencia, comprobar una relación de causalidad en la complicidad psíquica consiste en el reforzamiento de la voluntad delictiva del autor. Al respecto, López Peregrín afirma que: "La complicidad psíquica debemos por tanto, ser causal para el resultado si no queremos extender la punibilidad más allá de lo necesario, es decir, más allá de los supuestos que merecen ser castigados por constituir contribuciones a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos"[597]. "Pero eso no justificaría –agrega López Peregrín– darle un tratamiento distinto del propuesto para la complicidad física. Si esta ha de ser causal, también ha de serlo aquella. Y si la causalidad no puede ser probada suficientemente, la conducta aquí como allí, deberá ser impune como consecuencia del principio *in dubio pro reo*"[598].

En este punto, Robles Planas menciona que: "La estabilización de la decisión delictiva como problema en la complicidad se plantea en aquellos casos en los que se impide que desaparezca la decisión de cometer el hecho. Nada obsta a que estemos ante una forma de complicidad punible también en estos supuestos siempre que la conducta estabilizadora sea idónea para la afirmación del delito. No existirá tal idoneidad cuando lo que se hace es ofrecer motivos adicionales al delincuente para la comisión del delito. Por mucho que ello suponga un incremento del riesgo, el umbral de riesgo relevante de comisión del delito está ya perfecto. No puede admitirse la responsabilidad por un riesgo perfecto" [599].

El reforzamiento de la decisión criminal como una de las clases de complicidad psíquica tiene como presupuesto necesario la iniciación del proceso causal generado por el autor principal. El mismo término "reforzamiento" implica "sumarse" a un acto o conducta que está realizándose, o un hecho que está aconteciendo o una decisión que ya ha sido tomada. Se trata, en otras palabras, de una complicidad por "incorporación" al plan criminal del autor, o lo que es usual en la ciencia penal, se trata de una **complicidad sucesiva**. Lo relevante en el tema del reforzamiento es que el cómplice tiene que mostrar signos de colaboración al hecho principal, es decir, actos de voluntariedad mediante gestos o aptitudes tendientes a la resolución delictiva principal.

(596) JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, 2002, pp. 744-745.
(597) LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, p. 314.
(598) Ibídem, p. 315.
(599) ROBLES PLANAS, 2003, p. 258.

Resulta obvio que el reforzamiento de la decisión criminal como forma de complicidad criminal existirá en función a que exista previamente el acto principal del autor (principio de accesoriedad). Solo si la conducta del autor está vigente en términos del *iter criminis* externo, es decir, todavía se encuentra en fase de ejecución o fase de consumación –para el caso de los delitos permanentes– cabría la posibilidad de que el cómplice ayude psicológicamente al autor facilitar o acelerar el delito.

El reforzamiento de la actividad delictiva puede manifestarse en cuatro grupos de casos, que son los siguientes:

**a) Estabilizar la decisión delictiva**

Esta a su vez puede manifestarse en dos puntos: por un lado, ofrecer motivos adicionales para cometer el delito; y por otro lado, disipar las últimas dudas respecto a la decisión delictiva ya tomada por parte del autor. En tal sentido, creo que las palabras de López Peregrín son esclarecedoras en este punto cuando dice que: "(…) la mera declaración de aprobación y solidaridad con el autor, que ni influye en la decisión ya tomada, ni en el modo de ejecución del hecho. La mera satisfacción interior de sentirse apoyado moralmente que no tiene ninguna repercusión externa no puede ser tenida en cuenta por un Derecho Penal protector de bienes jurídicos"(600).

La estabilización de la decisión delictiva como problema en la complicidad se plantea en aquellos casos en los que se impide que desaparezca la decisión de cometer el hecho. Como acertadamente advierte Samson: "(…) coexistirá problema alguno si el autor no está decidido a actuar, pues, en ese caso, existirá inducción y no complicidad. Si el autor está totalmente decidido a cometer el hecho, es dudoso que pueda admitirse complicidad, no ya por las dificultades de prueba sobre la causalidad de su aportación, sino porque no hay decisión alguna que estabilizar. Ofrecer motivos adicionales a alguien que ya está decidido a cometer un delito no es, según creo, cooperar con él"(601).

**b) La disposición para intervenir en caso sea necesario**

La promesa (expresa o tácita) de intervenir en caso sea necesario añade un plus y sobre todo convierte una conducta omisiva (no intervenir), donde es necesaria una posición de garante, en una conducta activa, que puede

(600) LÓPEZ PEREGRÍN. 1997, p. 318.
(601) Citado por ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito. Fundamentos y límites.* Madrid, 2003, p. 257, cita número 213.

constituir complicidad punible si se demuestra su eficacia en la decisión delictiva del autor"[602].

**c) El encubrimiento anticipado**

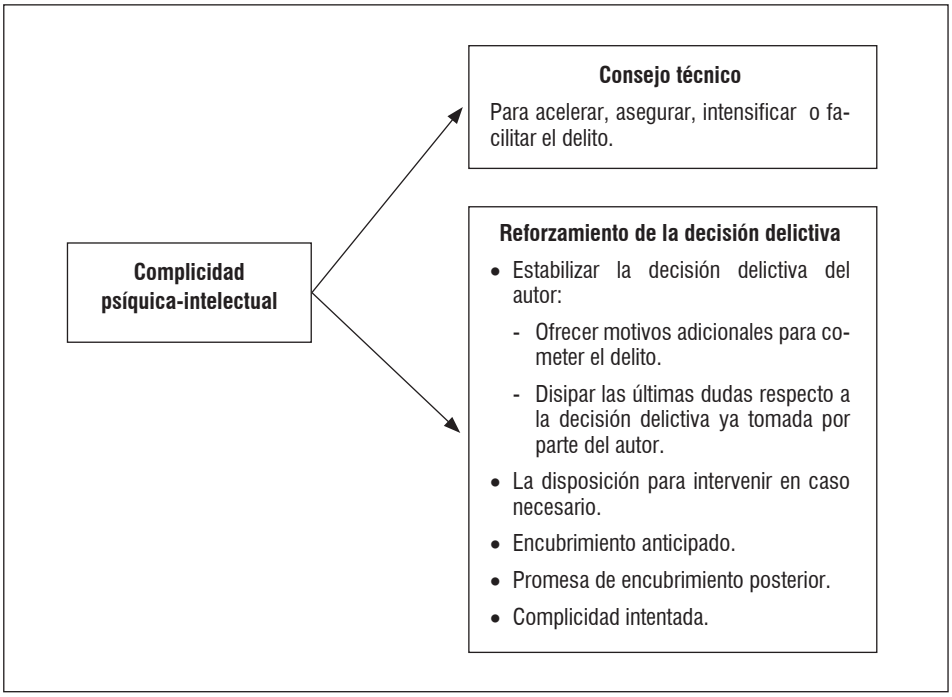
Ejemplo: El sujeto "B" entrega a "A", decidido a cometer un delito de lesiones, una camisa para que la víctima no pueda averiguar posteriormente por sus ropas, quién fue su agresor.

**d) La promesa de encubrimiento posterior**

Es imposible la complicidad en un suceso concluido. Naturalmente, la promesa de realizar actividades que han de seguir al hecho puede constituir para el autor la condición para comenzar o no; entonces en la promesa hay complicidad[603].

En el Derecho argentino sí puede construirse una modalidad de complicidad psíquica bajo la promesa anterior al delito, ya que esta se encuentra en su Código Penal. Es más, Zaffaroni, Alagia y Slokar indican que el reforzamiento de la decisión delictiva debe manejarse con mucho cuidado, "pues la única forma de participación por fortalecimiento de la decisión del autor que hay en nuestra ley es la promesa anterior al delito y está sometida a la condición de ser cumplida con posterioridad. Esta excepción –especialmente regulada en forma tan prudente y meticulosa– revela la inadmisibilidad de la tipicidad por complicidad psíquica o intelectual de cualquier otra forma de fortalecimiento de la decisión"[604].

(602) LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, p. 320.
(603) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 815.
(604) ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR. *Derecho Penal. Parte general.* Buenos Aires, 2002, p. 805.


Complicidad psíquica-intelectual
Consejo técnico
Para acelerar, asegurar, intensificar o facilitar el delito.
Reforzamiento de la decisión delictiva
• Estabilizar la decisión delictiva del autor:
- Ofrecer motivos adicionales para cometer el delito.
- Disipar las últimas dudas respecto a la decisión delictiva ya tomada por parte del autor.
• La disposición para intervenir en caso necesario.
• Encubrimiento anticipado.
• Promesa de encubrimiento posterior.
• Complicidad intentada.

Como enseña López Peregrín, "la realización de un delito puede decidirse en un solo instante o ir precedida de un largo proceso de recopilación de información y material que puede traducirse en un estado de preparación, reflexión y dudar. Se trataría entonces de una fase de indecisión en la que la intervención de un tercero podría ser determinante para la efectiva comisión del delito"(605)

Al parecer en el derecho peruano podría construirse la modalidad de "complicidad psíquica" ya que el artículo 25, segundo párrafo, del Código Penal preceptúa lo siguiente: "A los que, **de cualquier otro modo,** hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena". Es decir, que la contribución del partícipe puede ser de tipo "material", "físico", "moral", "asesorando", "alentando", etc. Sin embargo, como la complicidad psicológica es un título de imputación que amplía la responsabilidad penal**, se necesitaría una norma penal –en la parte general– que autorice tal ampliación**(606), como ocurre, por ejemplo, con el artículo 25 del Código Penal,

(605) LÓPEZ PEREGRÍN. 1997, pp. 317-318.

(606) Así, como en el caso de la "tentativa" donde se amplía el margen de punibilidad a las ejecuciones imperfectas de los delitos, para ello existe el artículo 16 del Código Penal que expresamente autoriza dicha ampliación. Lo mismo podríamos decir de la denominada "omisión impropia" donde también se

segunda parte, referente a la complicidad secundaria, que como es sabido, amplía el marco de punibilidad, porque en dicho articulado se preceptúa, parte pertinente: "de cualquier otro modo"; sin embargo, habrá que advertir que la única posibilidad es que aquel cómplice, en este caso Víctor Joy Way Rojas sea considerado como **"cómplice secundario" en forma psicológica por estabilizar la decisión delictiva** (en este caso del delito de rebelión, precisamente por esa fórmula de cualquier otro modo).

Finalmente, lo que habría en todo caso, es una responsabilidad a título de omisión (artículo 352 del Código Penal). En este punto, Robles Planas enseña que: "La mera presencia de un sujeto en fase ejecutiva no da lugar, obviamente a complicidad física, pero se discute si estamos ante complicidad psíquica. Esto último debe negarse también, pues, conforme a lo afirmado antes, aprobar la comisión de un delito no es aún intervenir en él, sino a lo sumo omisión del deber de impedirlo"(607). En consecuencia, en el derecho peruano existe el delito de omisión a la resistencia al delito de rebelión (artículo 352 del Código Penal), o en la concepción de Robles Planas tendría que imputarse, a lo sumo, omisión del deber de impedirlo.

amplía el margen de punibilidad de las conductas típicas, y para ello existe el artículo 13 del Código Penal que autorice dicha ampliación.

(607) ROBLES PLANAS. 2003, p. 257.

# ÍNDICE GENERAL

# Índice general

Introducción ..... 5

## Capítulo 1
## La autoría en el Derecho Penal

I. Cuestiones introductorias: Teoría del sujeto infractor en el ámbito jurídico-penal ..... 9

II. La fórmula legal del artículo 23 del Código Penal peruano en el contexto de un pluralismo científico ..... 10

III. Evolución histórica sobre la fundamentación de la autoría ..... 13

IV. La autoría en los delitos de omisión ..... 24

V. La autoría y la participación criminal según el Tribunal Constitucional ..... 36

VI. La autoría mediata ..... 39

VII. La coautoría ..... 96

VIII. El elemento especial de la autoría: ¿Delito especial o delito institucional? El caso de la posición de garantía en el delito de omisión impropia ..... 135

IX. Excurso: Algunas cuestiones puntuales en torno a la autoría en el Derecho Penal ..... 141

## Capítulo 2
## La teoría y las clases de participación criminal

I. Introducción ..... 151
II. La participación criminal en la jurisprudencia penal y constitucional 159
III. Anotaciones preliminares en torno a la teoría de la participación en el Derecho Penal ..... 162
IV. Las consecuencias de carácter procesal derivadas del principio de accesoriedad ..... 192
V. Algunas conclusiones ..... 198
VI. Tesis de la autonomía de la participación delictiva o del injusto único de intervención ..... 201
VII. Las clases de participación delictiva ..... 209
VIII. La complicidad ..... 234

Índice general ..... 261